

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUSTAVO DALPUPO DE LARA

ROBERTO MANGABEIRA UNGER: EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL, CRÍTICA
JURÍDICA E ESTABILIDADE-REVISIBILIDADE DO DIREITO

CURITIBA

2019

GUSTAVO DALPUPO DE LARA

ROBERTO MANGABEIRA UNGER: EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL, CRÍTICA
JURÍDICA E ESTABILIDADE-REVISIBILIDADE DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito das
Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2019

L318r

**Lara, Gustavo Dalpupo de
Roberto Mangabeira Unger: experimentalismo
institucional, crítica jurídica e estabilidade-revisibilidade
do direito / Gustavo Dalpupo de Lara; orientadora: Vera
Karam de Chueiri. – Curitiba, 2019.
115 p.**

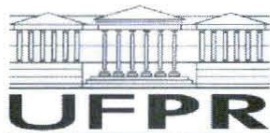
Bibliografia: p. 105-115.

**Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2019.**

**1. Unger, Roberto Mangabeira. 2. Teoria crítica. 3.
Direito – Filosofia. I. Chueiri, Vera Karam. II. Título.**

CDU 340.12

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº24


ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

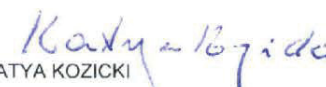
No dia vinte e um de março de dois mil e dezenove às 14:00 horas, na sala DE DEFESA, FACULDADE DE DIREITO, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **GUSTAVO DALPUPO DE LARA** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **Roberto Mangabeira Unger: Experimentalismo Institucional, Crítica Jurídica e Estabilidade-Revisibilidade do Direito..** A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: VERA KARAM DE CHUEIRI (UFPR), CELSO FERNANDES CAMPILONGO (USP), KATYA KOZICKI (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APPROVADO do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, VERA KARAM DE CHUEIRI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 21 de Março de 2019.

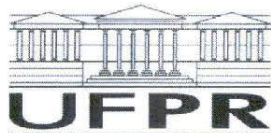

VERA KARAM DE CHUEIRI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)


CELSO FERNANDES CAMPILONGO
Avaliador Externo (USP)


KATYA KOZICKI
Avaliador Interno (UFPR)





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **GUSTAVO DALPUPO DE LARA** intitulada: **Roberto Mangabeira Unger: Experimentalismo Institucional, Crítica Jurídica e Estabilidade-Revisibilidade do Direito.**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 21 de Março de 2019.

VERA KARAM DE CHUEIRI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

Avaliador Externo (USP)

KATYA KOZICKI

Avaliador Interno (UFPR)



AGRADECIMENTOS

Eu cometeria injustiça imperdoável se deixasse de reconhecer, logo neste primeiro parágrafo, que minha mãe, Adriana, deve ser o alvo privilegiado desses agradecimentos, já que ela é quem suportou – com a paciência própria e única de mãe – o produto comportamental de toda sorte de (maus) humores que as expectativas e responsabilidades da escrita podem às vezes gerar.

Não posso deixar de agradecer ao meu grande amigo Silvio Reolon os incontáveis momentos de parceria, asneirice, risadas e tudo mais que emerge da amizade e garante leveza às mesmices e desgostos do cotidiano.

Às amigas e Professoras Vera Karam e Katya Kozicki, agradeço os vários momentos, oportunidades e ensinamentos especiais que têm me proporcionado. Sem vocês, nada do que está sendo teria sido. Estendo os agradecimentos aos demais Professores do Centro de Estudos da Constituição: Professoras Angela Costaldello, Melina Fachin, Estefânia Barboza e Professores Rodrigo Kanayama, Fabricio Tomio e William Pugliese, pela confiança que depositaram em mim para os cuidados junto ao Centro.

Agradeço, ainda, aos amigos e Professores Paulo Opuszka e José Arthur Castillo, assim como aos amigos e colegas de Pós Pedro Luz, Eduardo Xavier, Nikolai Olchanowski e Judá Lobo pelas boas conversas e momentos ao longo do Mestrado. Obrigado, também, a Lucas Fucci Amato, que gentilmente forneceu textos importantes para a escrita deste trabalho.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento¹ que amparou a escrita desta dissertação e minha dedicação aos projetos (CCONS e editoria na Revista da Faculdade de Direito da UFPR) vinculados ao Programa de Pós-graduação da – minha estimada – Universidade Federal do Paraná.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. *This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.*

RESUMO

O presente trabalho aborda o experimentalismo institucional de Roberto Mangabeira Unger, apresenta algumas das teses do autor e foca em seus componentes jurídicos. Ainda, associa a teoria ungeriana a duas ordens de ideias: (i) que ela supera impasses das teorias críticas do direito, quais sejam, a manutenção de um discurso conservador e a carência de um programa institucional; (ii) que, ao endossar um ideal de revisibilidade das instituições, o experimentalismo produz um aparente paradoxo para o direito, associado à tensão entre estabilidade e revisibilidade e à função (co)ordenadora desta instituição, dilema que gera certos riscos para o próprio experimentalismo. Conclui-se, relativamente a (i), que a teoria de Unger resolve tais impasses, pois estabelece um programa institucional guiado por um princípio emancipatório, além de que sua teoria é elogiosa à revisibilidade das instituições e ideais que as informam, assim se opondo à conservação; no que diz respeito a (ii), oferecem-se respostas a partir do próprio pensamento de Unger em desfavor ao paradoxo, mostrando-se que o autor propõe mecanismos para minorar aqueles riscos e, deste modo, transforma o paradoxo em uma aposta calculada. O estudo realizado é preponderantemente analítico, na medida em que se opera a partir de um arranjo de ideias em sua maioria sob roupagem normativa, e comparativo, pois coloca tais ideias sob relações de contraponto e complementariedade. Ainda, o trabalho se vale de revisão bibliográfica das obras de Unger e de seus comentadores, bem como da literatura relativa aos *Critical Legal Studies* em paralelo a outros referenciais teóricos auxiliares e alheios ao movimento norte-americano.

Palavras-chave: Roberto Mangabeira Unger; experimentalismo institucional; teorias críticas do direito; *Critical Legal Studies*; revisibilidade.

ABSTRACT

This master thesis approaches the institutional experimentalism of Roberto Mangabeira Unger, presents some of the author's theses and focuses on its legal components. Moreover, it associates Unger's theory with two orders of ideas: (i) that it overcomes the impasses of critical theories of law, namely, the maintenance of a conservative discourse and the lack of an institutional program; (ii) that by endorsing an ideal of revisability of institutions, experimentalism produces an apparent paradox for law, associated with the tension between stability and revisability and the (co)ordering function of this institution, a dilemma that generates certain risks for experimentalism itself. The master thesis concludes, with respect to (i), that Unger's theory solves such impasses, since it establishes an institutional program guided by an emancipatory principle, besides that its theory endorses the revisability of the institutions and ideals that inform them, thus opposing to conservation; and, with respect to (ii), it offers answers from Unger's own thinking in resistance or opposition to the paradox, showing that the author proposes mechanisms to mitigate those risks and, by doing so, transforms the paradox into a calculated gamble. The study carried out is mainly analytical, because it operates from an arrangement of ideas placed mostly in normative fashion, and comparative, because it places such ideas under counterpoint and complementarity relations. Still, the master thesis is based on bibliographical review of Unger's works and his commentators, as well as on the literature on Critical Legal Studies in parallel with other theoretical references auxiliary and unrelated to the North American movement.

Key-words: Roberto Mangabeira Unger; institutional experimentalism; critical theories of law; Critical Legal Studies; revisability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O DIREITO NA OBRA DE ROBERTO UNGER	13
1.1. Os <i>Critical Legal Studies</i>	17
1.2. Teses ungerianas: economia, política e direito	23
1.3. Direito e realidade institucional brasileira na percepção de Unger	37
2. TEORIA CRÍTICA: UNGER SITUADO E A NEGAÇÃO DA CONSERVAÇÃO	41
2.1 O conservadorismo das teorias críticas do direito	43
2.2 Experimentalismo como antítese ao conservadorismo	47
3. EXPERIMENTALISMO E O APARENTE PARADOXO DA REVISIBILIDADE-ESTABILIDADE DO DIREITO	52
3.1. A questão institucional: delimitação ontológica	55
3.2 Revisibilidade-estabilidade do direito	59
4. ESTRATÉGIAS: JUSTIFICATIVAS METAJURÍDICAS E INSTRUMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS CONTRA O PARADOXO	74
4.1 Argumentos metajurídicos: condição humana e respectivos imperativos filosóficos sob o ideal de revisibilidade	77
4.2 Propostas institucionais: os instrumentos contra o paradoxo	86
4.2.1. Experimentalismo, governo e Estado	87
4.2.2. O jurista e o sistema de direitos: <i>market rights, immunity rights, destabilization rights e solidarity rights</i>	91
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
I. Referências bibliográficas gerais	105
II. Referências bibliográficas específicas/primárias	113
III. Depoimentos, aulas e entrevistas registradas em vídeo	115

INTRODUÇÃO

A obra de Roberto Mangabeira Unger impõe-se como indispensável no conjunto de reflexões que se convencionou denominar teorias críticas do direito, pensamento jurídico crítico ou simplesmente crítica jurídica. Isto porque Unger congrega, em seu pensamento, elementos de oposição ao conservadorismo do pensamento jurídico, associados a um princípio ético de emancipação e um programa institucional que intenta concretizar tal princípio.

Argumenta-se, todavia, que a crítica jurídica se enfraqueceu pouco após seu surgimento na segunda metade do século XX; que, viu, diante de si – prossegue o argumento – dois grandes impasses: a inabilidade para materializar sua proposta emancipatória e para formular um programa institucional que permitisse a instrumentalização do direito em favor da emancipação. Foi, a crítica, exitosa no diagnóstico dos problemas, mas não no respectivo tratamento.

No Brasil, por exemplo, embora tenham influenciado diversos jusfilósofos, resgatado a relevância da interdisciplinaridade² (WARAT, PÊPE, 1996, p. 67-68) no estudo do direito e trazido foco para as fundações não jurídicas – e principalmente políticas – do jurídico, as teorias críticas do direito aos poucos tiveram seu discurso enfraquecido. Os *Critical Legal Studies*, no âmbito da crítica, mesmo em contexto distinto, sofreu destino semelhante. Apesar de terem, ambos os movimentos – o brasileiro e o norte-americano –, sobrevivido de maneira pulverizada, ainda não concretizaram seus propósitos emancipatórios.

Precisar as causas do enfraquecimento da crítica jurídica não é tarefa simples. Fazê-lo abre a possibilidade para a definição de nexos causais arbitrários. A dificuldade da tarefa está em que se trata de um movimento filosófico complexo, suas variáveis remetem a distintos países³ e esquemas de compreensão do fenômeno jurídico, a partir de olhares ontológicos, epistemológicos

² Como diria um dos mais importantes representantes da teoria crítica, Boaventura de Sousa Santos, a respeito da interdisciplinaridade: “Os objetos têm fronteiras cada vez menos definidas; são constituídos por anéis que se entrecruzam em teias complexas com os dos restantes objectos, a tal ponto que os objectos em si são menos reais que as relações entre eles” (SANTOS, 2002, p. 73).

³ No Ocidente, os movimentos esparsos e mais representativos da manifestação de um pensamento jurídico crítico teriam sido principalmente os seguintes: na França, a *Association Critique du Droit*; nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*; na Itália, o *Uso Alternativo del Diritto* (LUDWIG, 2011, p. 153-154); e, não menos importante, imputa-se a representatividade também à produção teórica da Escola de Frankfurt (HESPANHA, 2005, p. 451), embora não estritamente jurídica. Naturalmente, tais movimentos coexistiram com diversos outros, de menor repercussão no entanto (WOLKMER, 2012, p. 59-76).

e axiológicos heterogêneos. Distinguem-se quanto às ferramentas que utilizam para contemplar o direito – apesar de se unirem sob uma mesma ética. É preciso, portanto – como nos mostra a vasta literatura representada por autores tais Thomas Kuhn, Karl Popper, Georges Canguilhem, Gaston Bachelard e outros – reconhecer a complexidade dos movimentos e superações paradigmáticas para, num ato de lucidez, não oferecer uma explicação rasa à hipótese do esvaecimento da crítica.

No entanto, as reflexões desenvolvidas a seguir exigem um ponto de partida informado por uma função dogmática, a qual lhes empresta sentido explicativo e funcionalidade. Refiro-me a um conjunto de hipóteses suscitadas como falhas da crítica jurídica e causas de sua debilidade, considerada holisticamente, como projeto de emancipação pelo direito⁴ (DUSSEL, 2002, p. 13; WARAT, 1995, p. 345). Dentre essas causas está a de que as teorias críticas do direito não produziram mais que um criticismo ressentido e vazio, uma crítica pela crítica. Essa hipótese foi levantada, ressalvadas as respectivas particularidades, por Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha em relação à crítica jurídica brasileira; Mangabeira Unger apresenta argumento semelhante em relação à vertente desconstrucionista no interior dos *Critical Legal Studies*. Outro dos possíveis motivos para a ineficácia está em que a crítica jurídica, ironicamente, foi responsável pela formulação de uma modalidade discursiva análoga àquela do juspositivismo, corrente contra a qual se opunha de forma ferrenha (HESPANHA, 2012, p. 21; LUDWIG, 2011, p. 161; BORGES, 2014, p. 64). Roman Borges (2014), também influenciado por Warat, argumenta ter se consolidado, âmbito da crítica jurídica, um *discurso de conservação* – em face do qual o autor, a partir de Nietzsche, Deleuze, Roland Barthes, Foucault e outros teóricos do pós-estruturalismo, trata de propor uma alternativa de viés filosófico.

A partir desses autores se tem, portanto, que as teorias críticas, a despeito de terem estimulado relativa aproximação entre direito (como espaço da norma) e concretude (como realidade que antecede ou subjaz a norma), permaneceram apegadas à “*normatividade* como elemento distintivo do direito” (BORGES, 2014, p. 77; grifo do autor), alimentando o mesmo conservadorismo que pretendiam derrotar. Pois o privilégio à normatividade é decorrente

⁴ Boaventura de Sousa Santos, ao se questionar sobre o papel do direito e sua relação com a democracia, indaga-se: pode o direito ser emancipatório? A resposta sociológica a que chega o autor é de que pode o direito (inclusive o direito “oficial”) ser mobilizado em favor das classes populares, ou seja, é possível sua instrumentalização política para lutas sociais e emancipatórias (SANTOS, 2018). Há quem defenda o oposto, como Gameiro (2016), que desenvolve justificativa alternativa para o dilema, aos moldes de um positivismo exclusivista, e sustenta o argumento de que a emancipação não constituiria um dos fundamentos do direito. Este, na leitura deste autor, ficaria relegado ao plano da validade; a emancipação, ao invés, ser buscada economicamente ou politicamente.

preocupação com os critérios de validade e sistematicidade do direito, mais evidentes – respeitadas as diversas frentes desta corrente – no positivismo jurídico, são abrandados, mas não eliminados da crítica, de acordo com Borges (2014, p. 77). Contudo, a teoria do direito de Roberto Mangabeira Unger sugere uma abordagem distinta do problema. Seu experimentalismo democrático e/ou institucional é avesso à conservação. Sua proposta aponta para o desfazimento do que se consolida, tanto no plano do pensamento e dos valores, como das instituições que lhes fazem as vezes.

A obra ungeriana, que parte de extenso arsenal explicativo (desde reflexões sobre a natureza e psiqué humana, sobre a institucionalidade das estruturas de governo e de mercado e sobre o papel que os juristas devem assumir e imprimir no direito) configura, face à conservação, um discurso de fluidez que se lhe impõe como antípoda, por combater a estagnação das estruturas e seus sentidos. Essa compreensão significa que, no espectro das teorias críticas do direito – em que Unger se situa, já que o seu objetivo é a emancipação possibilitada pelo direito –, o pensamento ungeriano é um ponto fora da curva. Os interesses do autor, consubstanciados em seu projeto emancipatório sistemático, experimental, democrático e instrumentalizado pelo aparato jurídico-institucional, contrapõe-se ao conservadorismo remanescente imputado à crítica jurídica.

O objetivo de Mangabeira Unger, veiculado nas reformas setoriais do experimentalismo institucional, é amparado por verticalizações teóricas singularizadas (teoria social, teoria econômica, teoria do direito etc.) porém interdependentes. Ou seja, as inovações institucionais pretendidas para a política dependem daquelas pretendidas para a economia, que, por sua vez, dependem de renovação das formas pedagógicas dominantes, de reorganização do Estado e assim sucessivamente. Todas as etapas da heterogênea, profunda e extensa⁵ teoria ungeriana formam um todo unificado por um mesmo sentido de engrandecimento do sujeito (UNGER, 2018, p. 14).

⁵ Deixados de lado os textos menores, como *papers*, artigos de opinião etc., tem-se ainda vasta produção: “Knowledge and Politics” (1975); “Law in Modern Society: toward a criticism of social theory” (1976); “Passion: An Essay on Personality (1986)”; “The Critical Legal Studies Movement (1986)”; “Politics: a work in constructive social theory (1987)”, em seus três volumes: “False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy”, “Social Theory: Its Situation and Its Task: a Critical Introduction to Politics: A Work in Constructive Social Theory”, e “Plasticity Into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success”; “What should legal analyses become? (1996)”; “Politics: The Central Texts, Theory Against Fate” (1997), em coautoria com Cui Zhiyuan; “Democracy Realized: The Progressive Alternative” (1998); “The Future of American Progressivism: An Initiative for Political and Economic Reform” (1998), em coautoria com Cornel West; “What Should the Left Propose?” (2006); “The Self Awakened: Pragmatism Unbound” (2007); “Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics” (2007); “The Left Alternative” (2009); “The Religion of the Future” (2014); “The Singular Universe and the Reality of Time” (2014), em coautoria com Lee Smolin; “Depois do colonialismo mental: Repensar e reorganizar o Brasil” (2018), em coautoria com Caetano Veloso; “The Knowledge Economy” (lançamento previsto para 2019).

Dessa forma, o experimentalismo institucional pode ser visualizado como um edifício que só se sustentará se estiverem presentes todos os pilares vislumbrados por Unger em cada uma das etapas do seu pensamento.

A anterior observação sobre a extensão da obra do autor tem, como objetivo, uma advertência metodológica. Tendo em vista a amplitude e complexidade da teoria ungeriana, impõe-se, para que a análise se faça viável, um recorte temático: dar-se-á prioridade ao exame de alguns dos elementos jurídicos da obra de Unger e os dilemas que a eles se relacionam. Considerada a interdependência de sentidos em seu pensamento, o sobredito imperativo implica, fatalmente, deixar de fora desta dissertação algumas das teses do autor – como sua teoria social e econômica –, que serão contempladas de maneira pontual e auxiliar diante do enfoque jurídico a que se destina o texto.

A justificativa para o presente estudo pode ser bipartida. A primeira é estritamente acadêmica. A obra de Roberto Mangabeira Unger é ainda pouco estudada no Brasil (fato reconhecido pelo próprio autor⁶), o que é um contrassenso, pois se trata de intelectual de inegável relevância e conhecedor da vida política e institucional do país⁷. Logo, há interesse prático e objetivo para a sua abordagem, adequado ao contexto socio-econômico-político-jurídico nacional, associado a uma lacuna em nossa academia quanto às suas ideias. A segunda justificativa, por sua vez, diz respeito a um interesse diretamente pessoal⁸.

O objetivo primário desta dissertação é, em maior grau, descrever a teoria e filosofia do direito em Unger, situá-la na dimensão da crítica jurídica e colocá-la em paralelo a outras reflexões filosóficas e explicativas para, então, adentrar o objetivo secundário. Este segundo objetivo biparte-se. Em primeiro lugar, empregar-se-á uma justificativa breve e sustentada argumentativamente, por meio da correlação das perspectivas escolhidas (da conservação à imaginação institucional), de que está no experimentalismo a redenção do conservadorismo da

⁶ Em entrevista concedida em 2008, Unger afirmou, por exemplo, que sua teoria é mais estudada na China que no Brasil, e menos recebida aqui “que em praticamente todos os outros países grandes em desenvolvimento, sem falar nos países centrais”. Para ele há uma hostilidade pela academia brasileira em relação ao seu pensamento, que eventualmente implica tentativas de desqualificação das suas propostas (UNGER, 2008, p. 28 e 29).

⁷ Roberto Mangabeira foi Ministro da Secretaria de Assuntos Estratégicos de 2007 a 2009, enquanto Luiz Inácio Lula da Silva estava na presidência, e novamente em 2015, durante o mandato de Dilma Rousseff. Unger deixou o cargo em setembro de 2015 (IPEA, 2015).

⁸ A ideias do autor explicam/atingem algumas das minhas experiências pessoais e, por esse motivo, sensibilizam-me politicamente e me convencem intelectualmente. Inexistem motivos para esconder uma razão dessas. Não há mais espaço para a defesa de conhecimentos científico e filosófico politicamente neutros. Haveria contradição entre escolher, para uma análise elogiosa nas entrelinhas, uma obra com um claro propósito político, como é a de Unger, e tentar fazê-lo sob os frágeis auspícios da neutralidade axiológica.

crítica jurídica. Em segundo lugar, serão explorados alguns dilemas emergentes da teoria ungeriana, como o aparente paradoxo da estabilidade-revisibilidade do direito e a insegurança ou riscos que podem emergir no âmbito de uma democracia experimentalista, que pretende submeter as instituições – aí compreendido o direito – à constante revisão. Em seguida, são apresentadas as estratégias propostas por Unger para contornar o paradoxo: um conjunto de alternativas institucionais para a reforma política e do Estado, a reformulação do papel crítico e profético do jurista em relação ao direito, e, finalmente, um sistema de categorias jurídicas cujo propósito é, simultaneamente, conferir segurança ao indivíduo e lhe oferecer meios materiais e culturais para a sua autoafirmação em sociedade – donde o aspecto emancipatório do experimentalismo.

No que toca às questões de método, empregar-se-á: (a) num primeiro momento, a descrição dos referenciais teóricos escolhidos: (a.1.) o experimentalismo de Unger, algumas de suas teses e considerações sobre o papel do jurista e do direito, antecedido pela exposição do contexto teórico no qual se insere (os *Critical Legal Studies*); (a.2.) a explicitação das lacunas da crítica jurídica (frise-se: o mapeamento do movimento não é precisamente o objeto deste trabalho) e seu consequente déficit emancipatório, com amparo em Rocha, Warat e Borges, relacionando-os ao projeto de Mangabeira Unger. Pretende-se, nesse momento inicial, demarcar as categorias conceituais a serem correlacionadas em seguida. No (b) segundo momento do trabalho, serão analiticamente correlacionadas as categorias identificadas em (a), justificando-se a pertinência da correlação e aplicabilidade do desiderato da teoria ungeriana sobre a condição conservadora das teorias críticas do direito. Em (c) terceiro lugar, será explorado o mencionado paradoxo da estabilidade-revisibilidade do direito, ao qual serão apresentadas respostas a partir do experimentalismo ungeriano, por meio das quais o paradoxo deixa de se apresentar como tal e assume a forma de um risco previsto ou calculado por Unger.

A dissertação obedece à seguinte estrutura: o primeiro capítulo dedica-se à apresentação panorâmica dos *Critical Legal Studies* e do pensamento de Mangabeira Unger (focando-se em sua teoria e filosofia do direito), explorando também a aplicação de algumas das ideias do autor à realidade institucional brasileira. O segundo capítulo aborda a crítica jurídica e seus hiatos, situa a obra ungeriana na dimensão da crítica e justifica que a sua teoria se impõe como antítese à conservação imputada àquela corrente. O terceiro capítulo, a partir de marcos teóricos distintos, apresenta o paradoxo da estabilidade-revisibilidade, delimita ontologicamente e funcionalmente a institucionalidade e disserta sobre as consequências do paradoxo, em geral, para as instituições e,

em específico, para o direito. O quarto e último capítulo dedica-se aos argumentos filosóficos sobre o ser (do indivíduo e da coletividade) que, em Unger, justificam as vantagens do princípio de revisibilidade do experimentalismo e, por fim, apresenta as estratégias institucionais (em especial as relacionadas ao Estado, política e direito) estruturadas por Mangabeira Unger em contraponto ao referido paradoxo aparente.

O material abordado é integralmente bibliográfico. Privilegiar-se-ão as fontes primárias: como o principal objeto da dissertação é a obra de Unger, parte-se de seus livros, artigos e, eventualmente, entrevistas. Recorre-se também aos comentadores da teoria ungeriana e outros referenciais teóricos (como Emílios Christodoulidis, Frederick Schauer e outros) que, aqui empregados auxiliarmente, serão adotados como lentes através das quais as ideias de Mangabeira Unger serão observadas. Ressalto, ademais, que todas as traduções apresentadas ao longo do trabalho são livres e só serão utilizadas de modo bastante restrito; dar-se-á preferência às citações diretas no idioma original.

Espera-se, com este trabalho, contribuir para a visibilidade do pensamento ungeriano na academia brasileira, identificar objetos menores de análise que exijam tanto desmembramentos analíticos mais cuidadosos como possíveis testes empíricos, para, por fim, elucidar caminhos de pesquisa alternativos a serem trilhados posteriormente.

1. O DIREITO NA OBRA DE ROBERTO UNGER

Roberto Mangabeira Unger compreende que, historicamente, os juristas têm assumido um papel sacerdotal em relação à tradição do direito e do Estado (UNGER, 2015, p. 73). Por tradição teórica o autor se refere a uma tipologia dominante na história do discurso jurídico, representada por três principais concepções (comuns ao *civil law* e *common law*): (i) o direito como produto da busca doutrinária por uma moral imanente à ordem social; (ii) o direito como vontade do soberano ou do Estado; e (iii) o direito como estrutura da sociedade.

As duas primeiras concepções, embora contrapostas entre si, recorrem uma à outra para se sustentar explicativamente, enquanto a terceira concepção se coloca como um elemento tácito e inerente àquelas. Tanto (i) quanto (ii) teriam sempre convivido sem, no entanto, reconciliar-se conceitualmente: “sua coexistência na prática sempre foi *ad hoc*”⁹ (UNGER, 2015, p. 58; trad. livre). Além disso, as duas primeiras concepções sempre dependeram da premissa do direito enquanto estrutura social preexistente. Conforme Mangabeira Unger, esta premissa nunca foi expressamente reconhecida, aceita ou justificada no arcabouço explicativo das concepções (i) e (ii). Em relação a (iii), o direito legislado nada mais é que uma tentativa de intervenção. Mudar a estrutura social prévia ao direito posto exige empenho no nível da práxis – e mais de teoria que de prática (UNGER, 2015, p. 53-60).

Os juristas, sacerdotes da sobredita tradição, conformaram-se em normalizar ou justificar as estruturas sociais e seus reflexos institucionais, como se estes fossem suas expressões necessárias e invariáveis¹⁰. Seus interesses se traduziam num esforço de racionalização retrospectiva e, em o tendo feito, impediram reflexões sobre possíveis alternativas (UNGER, 2015, p. 16).

Unger, ao contrário, vislumbra para os juristas um papel profético, como arquitetos que operam pelo direito (ALMEIDA, 2017, p. 10) – sem que, em se fazendo profetas, precisem abandonar a condição de juristas (UNGER, 2015, p. 75). O jurista ungeriano deve pôr-se em favor de uma teoria do direito liberta do projeto novecentista no que toca a uma devoção “*to a*

⁹ No original: “*their coexistence in practice has always been ad hoc*”.

¹⁰ Uma postura como essa coaduna com o que Unger denomina fetichismo institucional (ou atitude fetichista): “*the belief that abstract institutional conceptions, like political democracy, the market economy, and a free civil society, have a single natural and necessary institutional expression*” (UNGER, 1996, p. 7).

predetermined private-law system”, para radicalizar a proposta da democracia-social e fugir ao conservadorismo ou dogmatismo institucional (UNGER, 1996, p. 35).

O experimentalismo institucional de Unger é uma resposta a esse dogmatismo. Como contraface ao fetichismo institucional (UNGER, 1996, p. 7), a proposta experimentalista se coloca como uma “prática coletiva de descoberta e aprendizagem” (TEIXEIRA, 2010, p. 48). É, mais do que isso, conforme Carlos Sávio Teixeira, uma reação à “dupla frustração” do pensamento progressista nos dois últimos séculos: sua incapacidade para instalar uma ordem pós-capitalista democrática e não violenta ou para manter uma ordem socialista, ainda que politicamente autoritária (TEIXEIRA, 2010, p. 45).

Na perspectiva de Unger, o pensamento jurídico, enquanto saber especializado, é uma das ferramentas a ser colocada a favor da empreitada experimentalista. Em sua concepção, portanto, o direito possui finalidade instrumental, sendo seu escopo garantir ou estimular a imaginação institucional e o experimentalismo democrático (UNGER, 1996, p. 23; TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 99). Este exige uma prática institucional imaginativa, e, a imaginação, um atributo profético que impõe, ao jurista, a tarefa de visualizar os caminhos alternativos à luz das contingências. Para tanto, o autor defende, é necessário revisar os pressupostos da economia política e a tradição jurídica do século XIX, bem como as suas reminiscências do século XX (UNGER 1996, p. 22).

Essa revisão é uma das ideias centrais do autor: repensar o direito e o raciocínio jurídico, livrá-los de suas superstições e instrumentalizá-lo (em específico, o método tradicional que Unger denomina *reasoned elaboration* ou *rationalizing legal analysis*, que será explicada no tópico seguinte) para a imaginação institucional e democrática (UNGER, 1996, p. 2). Em função disso, não se pode separar o modo como pensamos nossos interesses e como imaginamos suas manifestações institucionais: são dois momentos de reflexão simultaneamente complementares e irredutíveis entre si (UNGER, 1996, p. 5).

Fica desde logo visível que o pensamento ungeriano, ao contrário da sobredita tradição teórica, é caracterizado por um ímpeto de refundação, já que em Unger “*o novo é possível, o tempo é real e a história é aberta*” (TEIXEIRA, 2009, p. 11; grifos no original). Seu pensamento percorre o caminho oposto à racionalização retrospectiva do direito (nos moldes da *reasoned elaboration*). Isto é, sua teoria intenta afastar-se dos dogmas das ciências sociais clássicas e da tradição jurídica do século XIX. E, a despeito da revisão oferecida por Unger à tradição europeia

das ciências sociais, ele toma o “partido revolucionário” característico dessa tradição¹¹ (UNGER, 2018, p. 33).

Desses dogmas, é exemplo a crença na relação de necessidade entre uma ordem econômica e um determinado arranjo institucional. Para Unger, não há que se falar em tipos ideais de organização humana com uma *built-in legal structure* (UNGER, 2015, 68-69; TEIXEIRA, 2009, p. 50). O autor rejeita uma concepção de historicidade que coadune com a existência de um – suposto – roteiro pré-determinado e aponte para um horizonte limitado de alternativas (TEIXEIRA, 2009, p. 28), como também recusa a ideia de que poderia haver uma linguagem universal do mercado e da democracia¹² (UNGER, 1996, p. 7 e p. 23; TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 94). Sua teoria alia-se à perspectiva de que a sociedade e as instituições, por serem artefatos humanos, podem ser reajustados de diversas maneiras para se atingirem os mesmos fins.

Implícito a esta perspectiva está o ataque ao objetivismo que pressuponha serem possíveis modalidades exaustivas de associação humana, ou seja, como sendo as únicas disponíveis e justificáveis (UNGER, 2015, p. 187). A esse ataque alia-se outro, ao formalismo¹³, por meio do

¹¹ Isto é, uma postura revolucionária que expressa preocupação com a reconstrução da ordem institucional que informa o *status quo* (como a superação do capitalismo no sistema teórico marxiano), mas que rejeita alguns dos pressupostos da referida tradição, como o determinismo histórico, a assunção de um agente revolucionário determinado, a crença na substituição holística e abrupta das estruturas institucionais, entre outras ideias.

¹² Com isso Unger quer dizer que o direito de propriedade e o contrato, tal qual formulados pelas teorias clássicas, não são manifestações invariáveis do mercado; o autor diz o mesmo sobre a democracia: não são suas expressões necessárias o que o direito constitucional e teorias constitucionais ao longo dos séculos XIX e XX teriam pretendido com a doutrina dos *interesses constitucionalmente protegidos e fins legítimos da ação estatal* (UNGER, 2015, p. 85-86). Uma reflexão no campo do experimentalismo, aliada à observação de como esses institutos e teorias foram recebidas na prática, demonstra a sua fragilidade e como podem ser redesenhados de inúmeras formas. Robert Dahl (1997, p. 25-27) oferece alguns critérios (como que constantes) institucionais que caracterizam um governo democrático, ou, na expressão de Dahl, poliárquico: trata-se de um sistema político permissivo de oposições, a nível nacional, que observa alguns pressupostos e garantias institucionais. O primeiro pressuposto de uma democracia seria a existência da responsividade contínua do governo às preferências dos cidadãos (considerados iguais); o segundo pressuposto, por sua vez, pressupõe que o atendimento de cidadãos isonomicamente considerados exige que estes tenham plenas oportunidades de: (i) formular preferências; (ii) de expressá-las coletiva e individualmente; e (iii) tê-las, indiscriminadamente, como base da ação governamental. Essas três oportunidades dependem de oito garantias institucionais, abaixo elencadas. Terceiro pressuposto, que em verdade é conclusivo: as três oportunidades e as oito garantias são satisfatórias à compreensão da concepção do ideal de democracia. As oito garantias institucionais permissivas das três oportunidades são: (a) liberdade de formar e aderir a organizações; (b) liberdade de expressão; (c) direito a voto; (d) elegibilidade para cargos públicos; (e) direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; (f) fontes alternativas de informação; (g) eleições livres e idôneas; e (h) instituições que façam as políticas de governo dependerem de eleições e outras manifestações de preferência.

¹³ Como raciocínio jurídico apolítico, fundado em princípios e políticas impessoais, delineador do contraste entre discurso jurídico e discurso político ou ideológico típico, por exemplo, daquilo que se observa na clássica teoria pura do direito kelseniana (1998). Isto porque, conforme Warat e Pêpe (1996, p. 12 e p. 57), a abordagem kelseniana se quer científica, e assim coaduna com uma postura apolítica. Trata-se de pretensão de neutralidade diante do objeto sob estudo (WARAT, PÊPE, 1996, p. 14), que objetiva a castração da deontologia por inapreensível cientificamente (WARAT, PÊPE, 1996, p. 49). Kelsen deixa claro, no prefácio à 2ª edição de Teoria Pura do Direito, que seu foco é

combate à fé dos juristas na sistematicidade do direito, como se deste pudessem ser expurgadas as controvérsias e desencontros teóricos da doutrina (*legal thought*) que o justificam, ou a indeterminação e conflitos de ideias próprios da arena das políticas legislativas (UNGER, 2015, p. 88-90; TUSHNET, 2018, p. 6). Pois estes conflitos são consequência inevitável das distintas concepções ideológicas e modos de organização das experiências entre grupos¹⁴ (COVER, 1995, p. 75).

A proposta experimentalista rejeita, não obstante, a humanização rasa das estruturas jurídicas e socioeconômicas que caracterizam a socialdemocracia (ALMEIDA, 2017), porque tal humanização significa a renúncia em lidar com controvérsias mais profundas (UNGER, 1996, p. 35); a proposta de Unger condena, ainda, um dos impactos que essa humanização rasa gera para o direito constitucional, como o brasileiro: a previsão de extenso rol de mandamentos redistributivos sem a devida preocupação com sua institucionalidade (TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 92; TEIXEIRA, 2009, p. 110).

Em torno dessas preocupações, Unger desenvolve um sistema teórico para repensar a economia, a sociedade, a democracia e também o direito. Como já pontuado, nesse sistema a reforma do direito, de acordo com os interesses experimentalistas, não pode ser pensada de maneira estanque. Ou seja – apenas para ressaltar o aspecto de interdependência conceitual –, o direito depende e faz depender, no contexto do experimentalismo institucional, de que a democracia não esteja, para ser fiel ao vocabulário do autor, desenergizada. Todavia, nos próximos capítulos, sem abandonar as categorias daquele sistema de conceitos, privilegiarei os aspectos jurídicos nele inseridos. Importam, antes disso, para facilitar a compreensão das ideias,

a afirmação da pureza metodológica de sua ciência jurídica, isto é, de sua colocação num posto específico dentro do sistema das ciências.

¹⁴ Tome-se por exemplo o fenômeno da decisão judicial. Robert Cover (1995, p. 76-79) argumenta que decisões judiciais canalizam as diferentes lentes epistemológicas que apontam para o abismo que há nas visões de mundo entre classes, raças, gêneros, gerações, cidades, nações etc. É porque quem toma a decisão constrói a realidade a partir das determinantes sociais do seu próprio universo mental. Se uma mesma decisão tende a se repetir, não significa que ela seja, necessariamente e objetivamente, a correta ou melhor disponível, mas também porque aqueles que a tomam partem dos mesmos parâmetros epistemológicos. Quer dizer que uma ideologia imperou. Ainda que, de modo geral, juízes estejam imersos na estrutura de pensamento de certa elite profissional, cada um deles pertence a uma contingência, ou seja, a uma corte estadual ou federal específica, a certa ordem social com as suas respectivas peculiaridades, e tudo isso a despeito daquilo que possa ser ideologicamente compartilhado numa dimensão nacional. Tais variações ideológicas interferem diretamente no ato jurídico decisório, afetando sua confiabilidade. Dito de outro modo, todo o sistema pode ser prejudicado simplesmente porque não se pode esperar que juízes entendam e sintam empatia pelos destinatários de suas decisões. Ou seja, não se pode esperar que os juízes se importem com as consequências das suas decisões, eventualmente por não terem condições de interpretar eficientemente a condição do outro. Tais problemas interpretativos emergem justamente no âmbito da resolução de disputas, quando normas jurídicas relevantes estão sob desacordo semântico. Nesses casos é que as diferenças ideológicas apresentam maior potencial danoso.

alguns apontamentos sobre o contexto teórico maior dentro do qual a teoria de Mangabeira Unger floresce, os *Critical Legal Studies*.

1.1. Os *Critical Legal Studies*

Os *Critical Legal Studies* (daqui em diante “CLS”) advêm de tradições teóricas progressistas e de esquerda (UNGER, 2015, p. 80; DWORKIN, 2007, p. 323) emergentes na década de 70¹⁵. O movimento também reflete o legado teórico do realismo jurídico norte-americano¹⁶, iniciado em meados de 1930 (TUSHNET, 2011, p. 291), além de ter sido influenciado pelos *civil right movements* e os movimentos de oposição à participação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, mobilizações que contaram com a participação de autores ligados a essa corrente teórica crítica (TUSHNET, 2018, p. 3).

Um dos objetivos ínsitos aos CLS, além da crítica ao objetivismo e ao formalismo¹⁷, era capacitar o pensamento jurídico para construção de alternativas teóricas e institucionais. Para isso, diz Unger, era preciso reformular as práticas jurídicas então dominantes. Dentre elas, o método de justificação retrospectiva e interpretação jurídica lastreado em amplas razões teleológicas (*reasoned elaboration* ou *rationalizing legal analysis*), veiculado pela gramática de políticas e princípios supostamente inerentes ao (UNGER, 2015, p. 14) e humanizadores do (UNGER, 2018, p. 32) direito, que, por sua vez, voltava-se – supunha o método – à garantia de valores e compromissos assumidos como impessoais e indispensáveis (UNGER, 2015, p. 9-10).

¹⁵ Almeida (2017) identifica como os maiores expoentes do movimento os seguintes autores: Morton Horwitz, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Karl Klare, Robert Gordon, Peter Gabel, Mark Kelman, Richard Abel, Thomas Heller, David Trubek, William Simon e Roberto Mangabeira Unger; Wolkmer (2012, p. 35) confirma esses mesmos referenciais teóricos.

¹⁶ O realismo surgiu de forma reativa à ideia formalista de que as normas jurídicas são capazes de prescrever comandos claros. A corrente problematizou a possibilidade de que decisões judiciais possam ter efetivo lastro nas normas jurídicas (e não em outras razões quaisquer, como morais, religiosas etc.). Conforme Schauer (1991, p. 192), “to the Legal Realist, rules serve not as sources of *ex ante* guidance, but as vehicles of *ex post* legitimation of decisions reached without regard for the rules”. Consoante Neil MacCormick, em oposição à desconsideração, pelo formalismo, dessa dinâmica das Cortes, há no realismo uma supervalorização do fenômeno decisional (MACCORMICK, 2008b, p. 154-155). Para uma análise do realismo jurídico, ver: HESPANHA, António Manuel. Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. São Paulo: Annablume, 2013, p. 155-183.

¹⁷ Cfme. exposto no item 1.

A racionalização retrospectiva do direito (*rationalizing legal analysis*), como método, gera arbitrariedades. É politicamente e intelectualmente problemática. Sua execução não é a mão amiga do *rule of law*. Não há, entre ambos, relação de dependência e sequer de utilidade – senão uma utilidade claramente faccional. Isto porque o direito, considerado holisticamente, é a resultante do conflito de valores e visões de mundo, não uma ordem coerente como pretende o método (UNGER, 1996, p. 65).

Essas arbitrariedades residem na possibilidade de escolha, pelo intérprete (ou, estendendo-se as possibilidades: pelos institucionalmente escolhidos, formal ou informalmente, para ditar os sentidos jurídicos, direta ou indiretamente¹⁸) entre caminhos de justificação não necessariamente convergentes – possivelmente divergentes, portanto –, que implicam graus variados de revisão do conteúdo do direito (UNGER, 1996, p. 77). Os males disso estão em que o método se vale de recursos argumentativos meramente especulativos. Não há uma resposta correta, mas um “*speculative use of speculative conceptions*” (UNGER, 1996, p. 78), com efeitos possivelmente nefastos para a democracia e para a imaginação institucional.

Esse método, Unger sustenta, conduz à visão mística de que o direito é sistemático e autossuficiente¹⁹, o que permitia a usurpação, pelos juristas, de um “poder desordenado” em desfavor à democracia (2015, p. 11). A *reasoned elaboration* ignora que o direito, em sua origem, é plural, indeterminado substantivamente logo na origem, porém assumido, posteriormente, como se fosse uno e coerente. Uma contradição, portanto. Em virtude dessa indeterminação²⁰ originária, seria criado *a posteriori* pelos juristas para si mesmos, isto é, com a

¹⁸ No polo formal e direto, podemos colocar os juízes, enquanto no informal e indireto, a – autoproclamada – doutrina.

¹⁹ Há aqui uma crítica implícita ao formalismo positivista, pois, na definição de Norberto Bobbio (2007), o positivismo jurídico funda-se nas seguintes premissas: (1) o direito é fato e não valor: não importa o grau de bondade, mas de validade do direito, devendo, para tanto, ser apenas formalmente correto; (2) o direito serve-se da coercibilidade, pois a norma encontra na sanção o seu sustento, sendo, assim, um comando; (3) a legislação é a principal fonte do direito; (4) é um *sistema fechado e autossuficiente*, e portanto cabe ao destinatário do sistema a sua mera interpretação declarativa e obediência. Bobbio, no entanto, pretendeu revisar essa tese, tendo em vista que a teoria estrutural não dava mais conta de explicar o Estado Social que emergiu e, assim, assumiu novas funções, como a promocional. O autor objetivou complementar a teoria estrutural, portanto, e não superá-la, já que não a refutava por inteiro. Ou seja, defendeu que o direito não poderia mais ser visto apenas a partir da estrutura, era necessário conceber também que a estrutura se volta à função.

²⁰ A tese da indeterminação diz respeito à ideia de que as normas jurídicas são criadas em termos abstratos e, por isso, permitem que o seu intérprete as preencha de sentido em conformidade com suas preferências pessoais; pressupõe que ao intérprete do direito colocam-se sempre, paradoxalmente, pelo menos duas respostas simultaneamente opostas e corretas, como se “*X and not-X were equally available*” (TUSHNET, 2018, p. 5-8). A esse respeito, ver: TUSHNET, Mark. Defending the Indeterminacy Thesis. *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, p. 339-356, 1996; COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinacy, Objectivity, and Authority. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142:549, p. 549-638. Coleman e Leiter afirmam que a tese da indeterminação, tal

finalidade exclusiva de atender a interesses faccionais²¹ (UNGER, 2015, p. 8-14; TUSHNET, 2018, p. 11).

O cenário teórico em que emergiram os CLS parecia marcado por uma ditadura da falta de alternativas (*dictatorship of no alternatives*²²). A primeira estratégia do movimento foi a instrumentalização das contradições e variações na lei (TUSHNET, 2018, p. 7)²³. A maior falha dos *Critical Legal Studies* estaria em não ter executado completamente essa tarefa (UNGER,

qual carregada no âmbito dos *Critical Legal Studies*, caminha em sentido oposto ao liberalismo de Dworkin e afirma a possibilidade de que o direito possa ser determinado ou objetivo. Além disso, defendem, de um ponto de vista metafísico, a existência de uma "objetividade modesta" no direito. Para considerações de cunho filosófico analítico a respeito do conceito de indeterminação em geral e, em particular, no direito, ver: GÜRLER, Sercan. The Problem of Legal Indeterminacy in Contemporary Legal Philosophy and Lawrence Solum's Approach to the Problem. *Annales XL*, N. 57, 37-64, 2008. Gürler pontua que as raízes da tese da indeterminação remontam à filosofia de Wittgenstein, Gadamer e Derrida. Afirma também que esta tese, no direito, teria sido academicamente derrotada por se provar falsa ou incoerente em suas premissas. A questão da indeterminação remonta a outros autores, como Kelsen (1998, p. 246), quando o autor fala numa "moldura" de significados no momento de criação ou aplicação das normas hierarquicamente inferiores, de modo a deixar um grau de liberdade para quem com elas tenha de lidar, visto que não se pode crer que a norma superior ou geral possa prever todas as situações passíveis de ocorrência na vida. Daí que a generalidade ou imprecisão pode ser intencional por parte do órgão criador da norma. Logo, em Kelsen (1988, p. 249), o juiz também cria direito (ainda que com grau de liberdade reduzido em comparação ao legislador), mesmo que nos limites da moldura da norma geral. E é o momento no qual normas de outra natureza acabariam por incidir (normas de moral, justiça etc.), mas que não dizem respeito ao direito positivo. Daí a diferença entre ato de conhecimento e ato de vontade: o primeiro ocorre quando o órgão aplicador efetivamente conhece a norma positiva e a interpreta; o ato de vontade se dá na opção que se faz por uma ou outra das interpretações possíveis inscritas na moldura (com o que se dá também a criação do direito por tal órgão). Esse mesmo fenômeno é explorado por Hart (1994) na tese da textura aberta da norma, característica dos limites naturais da linguagem; em havendo lacunas de sentido, abre-se a possibilidade de seu preenchimento pelo magistrado. Por esse motivo afirma-se que Hart teria se diferenciado de Kelsen por ter aproximado a teoria do direito para o paradigma da linguagem, privilegiando seu aspecto pragmático em oposição às dimensões semânticas e sintáticas (KOZICKI, 2012, p. 6). O aspecto pragmático da linguagem é enfatizado na máxima wittgensteiniana de que a contextualidade ou os usos interferem na composição dos sentidos, isto é, de que são eles formados no momento de seu uso pelos sujeitos, num sentido comunicacional concreto (WARAT, PÊPE, 1996, p. 33; KOZICKI, 1998, p. 444); em particular, então, assumido o direito como linguagem, como campo da argumentação e da retórica (MACCORMICK, 2008a, p. 19), infere-se que o tecido social comunicacional antecede e conforma os sentidos jurídicos.

²¹ Tushnet explica que "*from a critical legal studies perspective, every social order promotes the immediate interests (or values or desires or...) of some at the expense of the immediate interests, values, desires, or whatever of others*". Robert Cover, ao tratar dos sistemas judiciais, explica que essas posturas faccionais podem se relacionar com vasta gama de interesses, desde econômicos a políticos. Nesta hipótese, por exemplo, o sistema judicial poderá passar a promover interesses políticos sob o véu do direito, e favoritismos sob a roupagem da justiça. Nas palavras do autor: "dos juízes que são escolhidos em razão de sua ligação com o regime no poder pode-se esperar a identificação entre o interesse do regime com o seu próprio interesse" (COVER, 1995, p. 72; trad. livre).

²² Em relação, em primeiro lugar, às limitações, problemas e contradições que derivaram do formato de democracia-social que se instalou na metade do séc. XX e, em segundo lugar, relativamente à incapacidade de se repensarem os modelos tradicionais produzidos pelas teorias sociais clássicas europeias, que, para Unger, normalizam o conjunto de possibilidades ou modelos de pensamento e impedem a reflexão sobre alternativas (UNGER, 2015, p. 16).

²³ Sobre essa tese, Tushnet dá os seguintes exemplos, que em princípio dizem respeito apenas ao *common law*, mas podem ser transpostos, com as devidas adaptações, para o nosso sistema: "*It argued (or, as its proponents would have said, pointed out) that the common law taken as a whole contained rules that, at least on their face, contradicted each other, even if each could in some sense be given precise content. Contracts had to be honoured, for example, but not if circumstances had changed, and judicial disagreement was pervasive over when circumstances had changed enough to relieve someone of the duty to honour a contract.*"

2015, p. 15). A interrupção do movimento, afirma Unger, deu-se por duas principais causas: em razão da relação com uma sociedade política maior²⁴ (*larger political society*) e outra em virtude de “hesitações internas” ao próprio movimento (UNGER, 2015, p. 24-27).

Phillip Johnson (1984), severo crítico dos CLS, defendeu que o movimento não representava mais que um utopismo místico e que seus representantes pretendiam ser radicais sem terem condições para tanto²⁵. Porém, interessante, Johnson faz uma ressalva em relação a Unger – embora não lhe isente, nem a Duncan Kennedy, de certa religiosidade²⁶ ou fê como fundamento de suas teorias²⁷. Para Johnson, Unger seria um “caso especial”, dada a sua inteligência distinta (JOHNSON, 1984, p. 281-282). Eugene Genovese, de igual modo, embora impute a Unger certo grau de especulatividade ou ingenuidade por pretender reformular amplamente as mentalidades e práticas sociais sem recurso à hierarquia entre Estado e sociedade civil, não deixa – aquele autor – de reconhecer o fato de que o filósofo brasileiro apresenta um programa teórico que o distingue dentro dos CLS (GENOVESE, 1991, p. 155).

Unger afirma serem três as principais vertentes que compõem os CLS. A primeira delas – já brevemente explicada – radicaliza o papel das indeterminações do/no direito (*legal indeterminacy*) e a consequente possibilidade de sua manipulação, pelos juristas, para atender às suas preferências pessoais²⁸ – uma vertente desconstrucionista²⁹. Referida indeterminação,

²⁴ Seu enfraquecimento na década de 90 pode guardar relação com a influência do pensamento neoliberal (como alternativa factível ao aparente utopismo dos CLS) nas Faculdades de Direito dos Estados Unidos à época, associado ao declínio do socialismo real, como aponta Almeida (2017).

²⁵ A respeito da estratégia teórica dos *Critical Legal Studies*, Phillip Johnson defendeu que “*their strategy in this awkward situation is to retreat into a mystical utopianism that is couched in political language but in fact has little to do with politics. (...) Critical legal writing provides a way of sounding like a radical when you don't know how to be one.*” (1984, p. 249); e prossegue: “*they preach a sort of nihilistic utopianism, a most unconvincing doctrine that in no way threatens the existing order of society*” (1984, p. 264).

²⁶ Almeida ainda destaca, nesse sentido, que os *Critical Legal Studies* teriam de modo geral sofridos duras críticas de pensadores liberais no sentido de que significava um utopismo infantil e de aspiração religiosa (ALMEIDA, 2017, p. 9). Em *The Religion of the Future* (2014, p. 244), Unger justifica que acusações como essas (de um suposto problema em assumir perspectivas políticas inspiradas em terreno religioso) são, na realidade, tabus que devem ser enfrentados. Mangabeira Unger pontua, nesse sentido, que “*the seriousness of a political project is measured by its engagement with the institutional structure of society and with a vision of what the relations among people can and should be like in the different domains of social life. To insist on giving such substance to politics is to efface any clear contrast between politics and religion*”.

²⁷ Em entrevista concedida por Mangabeira em 2008, Unger reconhece que seus críticos costumam imputar à sua obra “influências cristãs e intenções quase teológicas”; mas quando questionado sobre se acredita em Deus, diz expressamente que não (UNGER, 2012, p. 37). A propósito, o *ethos* inscrito na proposta sobre a conduta humana feita por Unger recomenda, em verdade, desvincular-se da expectativa de vida eterna para valer toda a força existente na vida terrena e presente (UNGER, 2014, p. 355).

²⁸ “*Given any piece of law to be interpreted and any accepted stock of interpretative procedures as well as of substantive policies and principles, it was easy to deploy the hermeneutic procedures as well as the substantive arguments to produce the result preferred by the interpreter*” (UNGER, 2015, p. 27). Ou seja, Unger refere-se a uma

porém, por paradoxal que possa soar, encontrava determinabilidade nas posições pessoais comuns a esses mesmos juristas – o elitismo era o mesmo. Essa vertente desconstrucionista padece de um criticismo improdutivo, sem resultados práticos (UNGER, 2015, p. 27-28).

Outra das vertentes do movimento guarda relação com o pensamento neomarxista e weberiano, para a qual o direito reflete um estágio estrutural global do capitalismo (UNGER, 2015, p. 29). Para Unger, o defeito dessa corrente decorre daquele caraterístico das teorias que a influenciam: a crença no vínculo entre dado sistema socioeconômico e sua suposta expressão jurídica, como que necessária e indivisível³⁰. Por esse motivo, implica mero descritivismo carente de potencial transformativo (UNGER, 2015, p. 29).

A terceira vertente, da qual Mangabeira Unger faz parte, corresponde à visão institucionalista. Esta se funda na expectativa de mudanças de pequena escala no direito e doutrina estabelecidos, em suas contradições e variações (*as deviant solutions*), com vistas ao desenvolvimento de alternativas institucionais. Tal proposta de refundação institucional, que será detalhada adiante, crê na capacidade de que pequenas mudanças institucionais podem ter impactos sistêmicos relevantes³¹: *step-by-step but far-reaching*³² (UNGER, 2015, p. 207). Nela,

característica própria dos discursos jurídicos, sujeitos que estão a redefinições de sentido obedientes às inclinações axiológicas do intérprete (WARAT, 1984, p. 79-80).

²⁹ Unger utiliza a expressão “desconstrucionismo” (UNGER, 2015, p. 28) para designar uma corrente teórica específica que não se confunde o pensamento de Derrida, mas com a tese da indeterminação, já referida na nota de rodapé nº 20. Nas palavras do autor: “*A first current of ideas was the radicalization of legal indeterminacy. Call it the indeterminacy or deconstruction approach to critical legal studies. Its antecedents lay in antiformalist legal theories, in literary deconstruction, and in structuralist approaches to the history of shared forms of consciousness*” (UNGER, 2015, p. 26).

³⁰ Aqui é clara a referência de Unger à teoria marxiana e respectivas releituras que tenham endossado a noção das transições históricas dos modos de produção sob o conflito de classes; tais “*sets of ideas share the view that history has an arc of coherent and continuous narrative and that history conforms to a deep and hidden logic of inescapable imperatives*” (UNGER, 2015, p. 196). À objeção de que as teorias sociais contemporâneas teriam já abandonado tal forma de necessitarismo histórico-social, Mangabeira Unger opõe a compreensão de que essa condição não escapa nem às teorias neomarxistas, que permaneceriam presas a uma rebelião inconclusiva, o que se evidencia pela continuidade do uso de conceitos tais capitalismo (UNGER, 1996, p. 3 e p. 70) ou economia de mercado, como modos de organização social indivisíveis e dotados de expressões institucionais objetivas; o determinismo institucional ou causal, nestas, é desbotado ou afrouxado, mas continua a existir (TEIXEIRA, 2009, p. 27). Em Unger há, portanto, rejeição a uma meta-estrutura explicativa da sociedade (UNGER, 2015, p. 197-198). Colocado de outro modo, há, em sua teoria, um afastamento da compreensão dos fenômenos socioeconômicos sob o ponto de vista da totalidade, concebida enquanto categoria filosófica. Para considerações sobre a totalidade enquanto categoria filosófica, ver: LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. 2ª ed. São Paulo, Conceito Editorial, 2011. Ludwig explica que a ideia filosófica de totalidade pode ser entendida a partir de diferentes paradigmas da filosofia (paradigmas do ser, da consciência, da linguagem e paradigma da vida concreta); nesse sentido, a compreensão do fenômeno jurídico variará conforme o paradigma em questão e, portanto, na totalidade a partir da qual se o conhece (LUDWIG, 2011, p. 126-152).

³¹ Cada fração do direito possui contradições tais que permitem mudanças graduais (institucionais e sociais) de pequena escala: a exceção pode virar a regra (“*the exception can become the rule*”) (UNGER, 2015, p. 48).

prevalece a compreensão de que a reimaginação institucional é permitida precisamente pela ausência de sistematicidade no direito, cuja contestabilidade pode ser guiada para os caminhos desejados pelo contestante. O intuito é reinventar o regime social, institucional e ideológico posto, reinvenção estimulada pelo direito – e nisso os CLS não foram eficientes (UNGER, 2015, p. 31).

Mark Tushnet (2011), por sua vez, visualiza, internamente aos *Critical Legal Studies*, quatro variações ou tendências teóricas desde sua fundação: *romantismo*, *pragmatismo global*, *pragmatismo local* e *oposicionismo*. Conforme Tushnet, essa classificação não deve ser assumida de forma categórica, a indicar que um o outro representante dos CLS não possam, em alguma medida, corresponder simultaneamente a mais de uma dessas tendências (TUSHNET, 2011, p. 293).

A primeira delas aparece na forma de um *romantismo* (*romanticism*), que estuda a natureza humana e sua psicologia. Em segundo lugar, um *pragmatismo global*, cujo objetivo é otimizar as condições gerais de vida a partir de postulados de igualdade e esquemas ideais das condições discursivas, aos moldes habermasianos, de agentes supostamente engajados em um mesmo projeto existencial. A terceira tendência assume a forma de um *pragmatismo local*, em que não se estende a reflexão a conjunturas estruturais totalizantes, mas também abriga, entre suas premissas, a construção de uma sociedade igualitária, buscando desconstruir hierarquias consideradas ilegítimas ou opressoras em um determinado contexto das práticas sociais e institucionais³³. Por fim, a quarta tendência se coloca como um *oposicionismo*, posicionamento claramente à esquerda do espectro político, que vê a contradição como aspecto fundamental da vida, e, a tarefa da crítica – na forma de oposição –, como uma ferramenta constante e necessária³⁴ (TUSHNET, 2011, p. 293-299).

³² Na interpretação de Carlos Sávio Teixeira (2009, p. 16), um dos mais marcantes elementos da filosofia ungeriana está na relação entre o real e o possível. Este possível não é pensado em termos utópicos, pois, já que o experimentalismo comunga com a visão de que o projeto a se construir é gradativo, o horizonte de mudança é pensado por um “possível-adjacente: onde se pode ir em seguida a partir de onde se está agora” (TEIXEIRA, 2009, p. 17), ou seja, o projeto possível a partir do existente (UNGER, 2018, p. 31), dessa forma não perfazendo uma utopia (UNGER, 2018, p. 13). Porque “a substituição repentina e abrangente de todos os seus elementos [os regimes institucionais e ideológicos presentes] é caso extremo e, no mais das vezes, apenas fantasia” (UNGER, 2018, p. 28).

³³ A hierarquização da sociedade é perversa por relegar maiorias fragmentadas a uma condição de impotência em seus espaços privados, desinteressados pelas circunstâncias políticas nas quais estão inseridos, e inobstante condenados ao escape “*in private pleasure, domestic joys, and nostalgic traditionalism*” (UNGER, 1996, p. 28).

³⁴ Tushnet relaciona cada uma dessas tendências a determinados autores e, para cada delas, apresenta suas críticas. O romantismo, por exemplo, sofreria do problema de uma leitura demasiado otimista de Freud, além de que recairia no mesmo problema da construção de *large-scale theories*, justamente o formato a que os CLS se oporiam, no

Na visão de Roberto Unger, o movimento demarca a transição para uma nova compreensão sobre a relação entre o direito e a sociedade; no âmbito dos CLS, direito e Constituição passam a ser vistos “como o contrário do que a teoria pré-revolucionária demandava (...) a recusa ao invés da reafirmação do plano de divisão social e hierarquia”³⁵ (UNGER, 2015, p. 106; trad. livre). Dito de outro modo, os CLS promoveram a ideia de que o conteúdo programático do direito, bem como as estruturas sociais nele desenhadas, não devem se isolar da vitalidade da realidade.

1.2. Teses ungerianas: economia, política e direito

É necessário explicitar algumas das premissas maiores que regem a doutrina desviacionista, contravisão ou experimentalismo³⁶ de Mangabeira Unger. Tais premissas devem permear a leitura das proposições que o autor elabora. Elas são o *background* sem o qual o conteúdo programático reimaginado soa avulso, tal qual as teorias que pretende superar.

A primeira dessas premissas é a suspensão da descrença na possibilidade, ou, talvez, factibilidade de um argumento normativo³⁷ (UNGER, 2015, p. 141). A segunda, possivelmente a mais relevante, é a de que nenhuma das etapas do programa experimentalista de Unger se

entendimento de Tushnet. De igual modo, o oposicionismo, por sua vez, na leitura desse autor, é praticamente infantil em sua tarefa de oposição a qualquer custo; Tushnet ironiza que endossar o oposicionismo sequer seria psicologicamente saudável. Para essas e demais críticas, ver: TUSHNET, Mark. V. Some Current Controversies in Critical Legal Studies. 12 Ger., L.J. 290. Harvard Library, Office for Scholarly Communication, 2011.

³⁵ No original: “Law and constitution are now to be seen as just the reverse of what pre-revolutionary theory demanded. They become the denial rather than the reaffirmation of the plan of social division and hierarchy”.

³⁶ Essas expressões são manejadas como sinônimos ao longo da obra de Unger, sobretudo em *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, A Greater Task* (2015).

³⁷ Nas palavras do autor: “*The first assumption is a suspension of disbelief in the possibility of normative argument (...). At each crucial juncture in the advance toward more concrete levels of analysis, different conclusions might reasonably be drawn. At every point the foundations remain contestable and the implications loose. To some this view may seem perilously close to skepticism. You can say, however, of normative argument what has been said of comedy: that it is a narrow escape not from truth but from despair. The emphasis falls on the narrowness of the escape; you cannot even be sure in the end whether you have made it. The only practice of normative argument with a future may be one that approaches skepticism without being engulfed by it. Better this view than the familiar alternation between boastful moral dogmatism and barely disguised moral agnosticism*” (UNGER, 2015, p. 141-142). Isso não significa a desconsideração, por Unger, de imperativos empíricos, de que dependem os normativos (UNGER, 2015, p. 173). O autor afirma, nesse sentido: “*In making and rejecting such commitments, we take a stand on the facts about personality and society. To be sure, these facts are many-sided and susceptible to being changed by our view of them. As a result, the choice among views will always be contestable and will always be influenced by normative precommitments. These two qualifications show the inconclusiveness of normative practice, rather than its arbitrariness*” (2015, p. 184).

efetivará ou perdurará por meros devaneios doutrinários, por *enforcement* judicial, mas sim e apenas se remodeladas as compreensões gerais sobre o papel do Estado, da sociedade e da possibilidade de refazimento paulatino e constante dos desenhos institucionais à luz dos testes práticos (UNGER, 2015, p. 140-141).

Poder-se-ia acrescentar aqui ainda uma terceira, cuja exposição tem seu valor: Unger acredita que seu experimentalismo, embora concebido no contexto do *common law* norte-americano, não é um modelo teórico aplicável apenas a este sistema, mas também extensível aos problemas do direito numa escala global – portanto, igualmente a tradições de *civil law*, guardadas as devidas distinções (UNGER, 2015, p. 143). Nesse mesmo sentido afirma Teixeira (2009, p. 132) sobre a teoria ungeriana e sua aplicabilidade a um contexto feito o brasileiro: “não há em seu pensamento uma escolha entre o universal e o local. Para ele o local é a manifestação do universal: existe uma cadeia de analogias que ligam o Brasil ao restante da humanidade”. Dessa forma, a teoria de Unger também se encaixa no Brasil – mesmo porque o autor crê que o Brasil é o país mais parecido com os Estados Unidos (UNGER, 2018, p. 16)³⁸.

Mangabeira Unger acredita que o pensamento jurídico³⁹ (*legal thought*) falhou em se constituir como projeto de “vocação maior” de teorização⁴⁰ (UNGER, 2015, p. 4). Falhou porque

³⁸ Nas palavras do autor: “os dois [Brasil e EUA], de tamanho quase igual, foram fundados na mesma base de povoamento europeu e escravidão africana. São pluralistas e religiosos. Contêm mundos dentro de si. São os mais desiguais de seus respectivos tipos: os Estados Unidos, o mais desigual dos mais ricos; o Brasil, o mais desigual das economias continentais emergentes”.

³⁹ Importa esclarecer que Unger é cético quanto à existência de um raciocínio especificamente jurídico, ou de uma tal essência correspondente. Para ele todas as formas de discurso jurídico são historicamente e, assim, axiologicamente, geograficamente e cronologicamente situadas. Todas as formas de discurso jurídico são remodeláveis (UNGER, 1996, p. 36).

⁴⁰ Unger entende que o pensamento jurídico historicamente tem exibido um ritmo caracterizado pela recorrente sucessão de três momentos: um momento de “refundação” (*time of refoundation*), em que ideologias e instituições estabelecidas são reformuladas. O momento de refundação costuma ter, como causa, uma crise (guerra ou ruína econômica); como segundo momento, a “normalização” (*normalization*), com a superação da crise, em que novo arranjo institucional e ideológico é planejado e estabelecido em forma prescritiva, via de regra posto sistematicamente – uma falsa ideia, Unger ressalta, porque o novo estabelecido se mostra divisível. Nesse momento juristas encarregam-se de reforçar e justificar a autoridade desse novo conjunto institucional; e um terceiro e último momento, o de “obscurcimento” (*darkening*), em que o novo conjunto estabelecido passa a ser contestado por não dar conta dos novos problemas que surgem, como a democracia-social europeia e o *New Deal* foram no final do século passado, amparadas pelo projeto keynesiano (UNGER, 1996, p. 34). Nesse momento juristas demonstram descrença no conteúdo do institucionalizado e nos métodos em prática, via de regra colocando em face destes novas táticas que lhes permitam alguma autoridade ou alcance de resultados autointeressados. Há a busca pelo estabelecimento do que é interpretativamente correto e (aproximadamente) contido no direito posto (uma disputa entre escolas de doutrina). Os três momentos descritos são um panorama geral de como se operam as transições institucionais e ideológicas (UNGER, 2015, p. 18-20). E, em face disso, uma das principais missões do pensamento jurídico deve ser, para o autor, afastar crises econômicas ou militares como condições para que inovações institucionais ocorram (UNGER, 1998, p. 214; TEIXEIRA, 2009, p. 106). A refundação relevante é estrutural,

a tradição teórica⁴¹ ocultou a realidade contraditória do direito, condição de possibilidade da transformação jurídico-institucional ante à ditadura da falta de alternativas. Impediu, no nível teórico, o pensamento sobre alternativas estruturais. Conforme o autor, o percurso a ser seguido pelo pensamento jurídico deve afastar-se de compreensões estruturais tais como a de Marx⁴². Estas, de acordo com Unger, estão eivadas de falsas necessidades (UNGER, 2001): tipologias socioeconômicas sequenciais com expressão institucional determinada; sua falha está em serem, tais tipos, indivisíveis⁴³, finitos, apenas substituíveis na integralidade, e sujeitos a leis históricas de mudança inexistentes (UNGER, 2015, p. 181; *idem*, 2018, p. 31).

Unger, ao contrário, entende haver uma estrutura social que não só é preexistente ao direito, mas cujas premissas e arranjos básicos, além de resistentes à mudança, não são indivisíveis (por não serem um sistema) e não podem ser explicados como produtos de leis históricas de transição⁴⁴. Tal estrutura teria caráter improvisado (*makeshift quality*) e mutabilidade variável ou mesmo imprevisível; mas um arranjo institucional pode ser pensado para afetá-la⁴⁵.

gradual e fragmentária, em oposição ao tradicional apego à refundação fundada dogmatismos estruturais (*dogmatic structural blueprint*) de larga escala, como o socialismo e o capitalismo (UNGER, 2015, p. 18-20).

⁴¹ Sobre a tradição teórica no direito à qual Unger se refere, ver item nº 1.

⁴² Embora Unger rejeite o marxismo, não despreza a compreensão da divisão social entre classes: "*we all continue to live in class societies in which stark disparities of inherited privilege shape people's life chances. Marxism may be dead, but class is doing as well as ever*" (UNGER, 1996, p. 14).

⁴³ Slavoj Žižek, em recente artigo de opinião, toca indiretamente na temática tipicidade, indivisibilidade e finitude dos grandes modelos econômicos e sociais tradicionais. O filósofo desenvolve especulações interessantes que convidam a repensar as relações entre modelos econômicos e de governo tradicionalmente pensados como simbioticamente compatíveis, como democracia e capitalismo, ou aparentemente incompatíveis, como o caso chinês: uma simbiose entre socialismo e capitalismo. Nas palavras do autor: o caso chinês é uma combinação do autoritarismo estatal forte e da dinâmica capitalista selvagem; a característica mais extrema dos dois polos - e, ironicamente, o pior de ambos. Então Žižek põe a pergunta provocativa: "*what if this (capitalist) progress was feasible only in a society dominated by a strong authoritarian power?*" (ŽIŽEK, 2018). A mesma dúvida, na temática das discussões sobre estruturas e seus direitos, pode ser estendida - ironicamente, também pelo exemplo chinês - ao Estado de Direito, como o faz Mark Tushnet ao dizer que "*there are versions of the rule of law, each serving different ideological goals - a 'rule of law with liberal characteristics', 'a rule of law with Chinese characteristics' (...) or with social democratic characteristics.*" (TUSHNET, 2018).

⁴⁴ Essa estrutura social é o contexto formador, um dos conceitos mais relevantes da teoria social ungeriana, o qual será melhor explorado no terceiro capítulo.

⁴⁵ Para o autor, a capacidade para cooperar socialmente é contextual, tem realidade própria e independente das instituições - mas estas podem influenciar aquela. Não obstante, conforme Dahl (1997, p. 149-154), a incapacidade de cooperar reduz as chances de um regime poliárquico. Quando o jogo político é visto, em geral, com desconfiança, como que um cenário de competição predatória entre os adversários, a chance de que a poliarquia se desenvolva é reduzida. Quando, no entanto, predomina a cooperação, o cenário é outro. Um exemplo do primeiro cenário foi a Itália da 2ª metade do séc. XX; um exemplo do segundo seria a Índia. Um terceiro ponto de vista é o "cooperativo-competitivo", uma medida mista e que caracterizou o pensamento liberal inglês da mesma época (marcado pela influência de Smith e Mill). Se a plena competição não favorece a poliarquia, também não o faz a plena cooperação. O conflito entre partidos políticos, por exemplo, é natural para o referido regime. Assim, o que deve haver é uma competição limitada por parâmetros maiores de cooperação, donde a utilidade dos acordos, entende Dahl.

O pensamento jurídico deve voltar-se a esse fenômeno: mudança de visão estrutural e efetiva mudança institucional auto-induzida (UNGER, 2015, p. 62). Essa mudança de perspectiva consubstancia o experimentalismo de Unger, que, conforme Teixeira (2009, p. 105), pode ser entendido como

uma prática coletiva de descoberta e de aprendizagem. No pensamento de Unger essa idéia é, primeiramente, ancorada na visão de que o possível não está pré-determinado e que há uma relação íntima entre o entendimento do real e a imaginação desse possível - o possível que conta é o possível adjacente e, portanto, a escolha das instituições será decisiva para permitir o processo coletivo de descobrir e construir o que é possível. Esse é o significado mais profundo da democracia. É nesse sentido que ele define a democracia como a organização institucional do experimentalismo coletivo.

Para esses propósitos é imprescindível que haja uma democracia radical, de alta energia⁴⁶ (pelo engajamento popular organizado) e ritmo (pela resolução frequente dos impasses políticos) (UNGER, 2018, p. 94). Unger entende que a democracia é mais que pluralismo partidário ou uma *electoral accountability* entre governo e eleitorado. Ela significa “o poder para escolher os termos da vida social”⁴⁷ (UNGER, 1996, p. 72; trad. livre). Um poder efetivo e não velado. É ela, além disso, um esforço para realização de duas ordens de valores: “*the good of material progress, liberating us from drudgery and incapacity and giving arms and wings to our desires, and the good of individual emancipation, freeing us from the grinding schemes of social division and hierarchy*” (UNGER, 1996, p. 6). Essa democracia energizada se aliaria – como se verá – a

⁴⁶ Ou seja, com a facilitação de formas do exercício da democracia direta, a descentralização administrativa e multiplicação de poderes, a institucionalização de miniconstituições, entre outros. Significa manter o princípio liberal do poder fragmentado, eliminando-se o princípio conservador de desaceleração da política (UNGER, 2018, p. 50; TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 98; TEIXEIRA, 2009, p. 59 e 126). A respeito da aceleração e competitividade na política, Dahl (1997, p. 76-77) defende haver tendência a uma relação de equivalência entre o nível socioeconômico e competitividade política. Quanto maior o primeiro, maior a segunda; assim, é mais provável exista uma poliarquia (governo democrático, com participação alta e possibilidade de contestação) em um país com nível socioeconômico relativamente alto (no que toca à generalidade de seus indicadores, como empregabilidade, escolaridade, renda *per capita* etc). A relação não é, porém, de necessidade, já que existem casos desviantes recentes e antigos (1997, p. 80-81). Ainda, a competitividade da política (ou a presença da poliarquia) parece relacionar-se com: (i) o fornecimento de alfabetização, educação e comunicação; (ii) maior pluralidade na ordem social; e (iii) inexistência de desigualdades relevantes entre camadas politicamente relevantes. Alfabetização, educação e facilitação da comunicação são fatores que facilitam a competitividade na política ainda que se trate de um país não industrializado. também o avanço de uma economia, por conta das suas diversas consequências, contribui para uma ordem social plural que, por sua vez, passam a interferir no jogo político e torná-lo (ou reivindicá-lo) disputado. Cenários de má economia (desemprego ou inflação altos) facilitam o levante de um regime hegemônico (como oposto ao democrático). Essas noções confirmam a plausibilidade do programa de reforma holístico de Unger: democratização do mercado, do governo, aceleração da política, reforma do ensino, entre outros.

⁴⁷ No original: “*Democracy must mean, among other things, the power to choose the terms of social life, not to have them imposed, without our knowledge or consent, through the hidden influence of determining forces*”.

formas de pluralismo⁴⁸ jurídico, governamental e político (fontes e formas distintas de jurisdição e administração), que, pelas razões que lhes fundamentam⁴⁹, podem atuar como motores iniciais da estratégia experimentalista (UNGER, 2015, p. 199).

Na contraface disso está a crítica ungeriana a arranjos constitucionais que dificultem reformas e desacelerem a política, cujo maior exemplo é, para ele, o sistema de *checks and balances* norte-americano. O constitucionalismo vislumbrado por Unger flerta com a resolução recorrente e rápida dos conflitos no âmbito de um governo organizado descentralizadamente. O intuito é estimular a participação nas decisões públicas de forma a não serem meramente episódicas. Tal esforço é acompanhado pela remodelação das formas institucionais da sociedade civil, pois, para o autor, a sociedade não pode reinventar-se sem se organizar⁵⁰ (UNGER, 1996, p. 17; UNGER, 1998a, p. 250), e essa organização é pensada para o espaço comunitário, sem um sentido estatal paternalista (“*entirely free of governmental tutelage or influence*”), como redes de associações e polos de decisão paralelos ao Estado (UNGER, 1996, p. 18).

Ambos (política acelerada e pluralismos), no entanto, não são suficientes sozinhos. Exigem, dentre outras etapas, a reformulação dos modelos pedagógicos dominantes⁵¹ e a democratização da economia de mercado, sua renovação institucional. Neste particular, é insuficiente a mera regulação e atenuação de desigualdades por *tax-and-transfer* compensatório e retrospectivo

⁴⁸ Consoante Unger, pluralismo e experimentalismo são inseparáveis (UNGER, 2018, p. 66).

⁴⁹ “*A series of institutional innovations would, by their combined and cumulative effect, move to meet this threefold test. Some such innovations would raise the temperature of politics by heightening the level of organized popular engagement in political life. Some would quicken the pace of politics through the rapid resolution of impasse among parts or branches of government. Some would exploit the ability of an invigorated federalism, or of radical devolution combined with the assertion of strong central authority, to create counter-models of the national future. Some would establish in the state a power to come to the aid of groups that find themselves caught in circumstances of subjugation and exclusion from which they are unable to escape, and to do so by means of initiatives that are at once localized and structural. And some would enrich representative democracy with elements of direct or participatory democracy without weakening the safeguards of the individual against public or private oppression*” (UNGER, 2015, p. 63).

⁵⁰ O comentário de Teixeira (2010, p. 59-60) sobre este tópico conduz a que a obra ungeriana não exclui a possibilidade uma política simultaneamente institucionalizada e energizada, afastando a ideia de que, a partir de sua institucionalização, o congelamento da política é o único efeito possível.

⁵¹ “*The first mission of the school in a democracy is to rescue the child from his family, his class, his country, and his historical period, equipping him with the means to think for himself, by broadening his access to alien experience. The future citizen must be a little prophet*” (UNGER, 1996, p. 85). Isso também inclui as escolas de direito. Consoante Unger, estudantes vêm-se, nas universidades, de frente com as possibilidades de mudança que, com o tempo, dão lugar ao conformismo com posições de poder tecnocratas; o objetivo que, antes, poderia ser imprimir alguma mudança no mundo, passa a ser o de manter meios egoístas de conforto material, combinado com a descrença geral de que a estrutura de funções disponíveis depende, para a sua reformulação, da esperança de que seus atores relevantes ajam sob algum mandamento de solidariedade (UNGER, 2015, p. 203 e sgts). Warat e Pêpe situam também a reflexão sobre o ensino “oficial” do direito na dimensão da crítica jurídica, atacado enquanto método pedagógico acrítico, que propaga certos valores assumidos como dogmas, com “um valor *a priori*” (1996, p. 67-68).

(UNGER, 2015, p. 63-64; UNGER, 1996, p. 29 e p. 35), características de atenuação das desigualdades no modelo *standard* de democracia-social – na visão de Unger, uma atenuação desapontadora, meramente marginal, cujas tentativas de radicalização logo acarretam desinvestimentos e fuga de capital (UNGER, 1996, p. 48).

Os passos embrionários do experimentalismo ungeriano, embora não deva ser necessariamente entendido como um programa⁵², partiriam de certas categorias de direitos que, para Unger, são instrumentos úteis no pensamento jurídico contemporâneo: (i) a propriedade desagregada⁵³ (*disaggregated property*⁵⁴), ou seja, o direito de propriedade e seus possíveis desmembramentos: alterações sucessivas em seu conteúdo com vistas à descentralização do poder econômico, além do seu desmembramento para diferentes *rightsholders*, para garantir uma competição-cooperativa (igualmente descentralizada) no contexto de parcerias entre os governos e os agentes privados (UNGER, 1996, p. 80); (ii) o contrato⁵⁵ bilateral ou relacional continuado –

⁵² “Nesse sentido o experimentalismo é e não é um programa, embora deva conter um programa. Experimentalismo é uma dinâmica cuja prática se orienta por interesses, é um processo intelectualmente informado e um movimento moralmente inspirado” (TEIXEIRA, 2009, p. 107).

⁵³ Para um exame analítico acompanhado de exemplos práticos da aplicação desta categoria ungeriana, ver: AMATO, Lucas Fucci. A propriedade desagregada: dimensões, função e exemplos. In: Anais do IX Congresso da AbraSD: trabalhos completos. Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem a José Eduardo Faria). ISSN 2358-4270. São Paulo: USP, 2018b. No paper, Amato apresenta considerações sobre a noção de propriedade desagregada, examinando suas dimensões (material, temporal e social), exemplificando-a, ainda, a partir de amostras como as empresas chinesas do tipo “distrito-vila” e o sistema de *holdings* minoritários – exemplos trazidos ao longo da obra de Unger –, entre outros.

⁵⁴ Vale ressaltar, como adverte Zanatta, que o uso da expressão *property rights* (aplicada por Unger), “no direito anglo-saxão, refere-se à relação entre sujeito e bens. A tradução de *property rights* para ‘direitos de propriedade’ pode ser confusa. No sistema jurídico brasileiro, os ‘direitos de propriedade’ são direitos reais, que designam relações do sujeito com o objeto (coisa). A utilização da expressão *property rights* por economistas muitas vezes designa não somente direitos reais, mas também direitos obrigacionais (que envolvem relações entre sujeitos e prestações)” (ZANATTA, 2014, p. 53).

⁵⁵ A teoria dos contratos é um dos principais exemplos que Unger dá para justificar as condições de possibilidade da teoria desviacionista. Aquela é só aparentemente apolítica, e o autor procura provar isso a partir de algumas etapas, como a relação controversa entre princípios e contraprincípios contratuais, e a possibilidade de reimaginação da teoria dos contratos como meio de interação econômica a partir desses mesmos contraprincípios (UNGER, 2015, p. 145). Em relação aos princípios, contraprincípios são balanceadores; permitem que os primeiros sustentem-se no sistema e não sejam imperativos tirânicos. Conforme o autor, no campo dos contratos um dos princípios dominantes é a liberdade para contratar (*freedom to contract*); como contraprincípio a este está condição de que a contratação não “subverta os aspectos comuns da vida social” (trad. livre), como são as hipóteses de responsabilidade pré-contratual, os deveres de restituição por enriquecimento ilícito, entre outros (UNGER, 2015, p. 147). Com respeito à liberdade de contratar (de definir a contraparte de um contrato), chama a atenção de Unger o contraprincípio que desencoraja transações contratuais em situações não comerciais (*noncommercial settings*, transações entre familiares e amigos), como se houvesse dois mundos contrastantes: um mundo das relações privadas impessoais e outro de relações comunitárias fundado em laços familiares e de amizade. O contraste significa um ideal de comunidade privada não monitorada pelo Estado, oposto a um de “comércio auto-interessado” (UNGER, 2015, p. 149). Um outro princípio é a liberdade contratual (de definir o que pode ser objeto de um contrato), cujo contraprincípio seria a proibição à onerosidade excessiva ou contratos injustos (*unfair bargains*). A tensão está em que o mercado depende de desigualdades, mas apresenta instrumentos para mitigá-las. Contudo, o critério para o uso desses instrumentos

continuidade esta voltada à instalação de concorrência-cooperativa (UNGER, 2018, p. 68). A reorganização da produção instrumentalizaria ou modificaria (i) e (ii) a serviço de um experimentalismo cooperativo. Isso precisa coincidir com as duas condições há pouco mencionadas: democratização da economia e expansão de oportunidades educacionais. Ainda, (iii) a ideia de estrutura jurídico-institucional de fácil revisibilidade (*structure-revising structure*) (UNGER, 2015, p. 182), cuja condição é a energização da democracia; e (iv) dotações jurídicas (*plasticity-enabling endowments*) que empoderem os agentes, como, por exemplo, uma “herança social”⁵⁶ na forma de um mínimo universal de serviços públicos cuja provisão contasse com a participação da sociedade civil (novamente, uma democracia de alta intensidade), uma forma básica de educação pública ao longo da vida, garantias jurídicas e públicas contra o Estado, entre outros elementos (UNGER, 2015, p. 69-72).

Experimentos como esses exigem profunda reimaginação da economia, da afinidade entre a produção, imaginação e expressão da ciência em tecnologia – o trabalhador não deve trabalhar como se máquina fosse; a repetibilidade cabe à máquina, ao homem cabe o irrepetível⁵⁷. O

com vistas à correção dos desequilíbrios nos contratos não são claros, mas vagos e arbitrários – especialmente se se considerar que essas não são as expressões necessárias do mercado, ou seja, que pode haver um sem número alternativas institucionais. Em resumo, Unger propõe uma série de outras reformulações à tradicional teoria contratual de acordo com ideais cooperativistas da teoria desviacionista. O denominador comum dessas alternativas é a ênfase no papel dos contraprincípios como sintomas de que falta clareza ao direito e que, por essa razão, fica evidente “a impossibilidade de se distinguirem adequadamente contrato e dominação (...)” (UNGER, 2015, 162-170; trad. livre). Essa contradição entre princípios e contraprincípios é expressamente rejeitada por Ronald Dworkin tal qual formulada pelos CLS; enquanto em Unger e nos *Critical Legal Studies* a diferença entre esses princípios e contraprincípios significa uma contradição quase irremediável (TUSHNET, 2018, p. 6), em Dworkin significam interpretações que competem entre si e cujo acerto, que é possível, pela tese da resposta correta, depende da compreensão do direito como integridade; este seria capaz, portanto, de clarificar ou guiar a atividade interpretativa que se coloca diante do juiz Hércules (DWORKIN, 2007, p. 324-330). Como pontuam Chueiri e Fachin (2006, p. 334-335), “a teoria do direito de Dworkin é uma possível resposta (certa) para apaziguar os conflitos na esfera da aplicação do direito, das decisões judiciais, sobretudo em face da sua atitude crítica e hermenêutica em relação à função jurisdicional. Ela proporciona decisões jurídicas que engendram uma provisória estabilidade ao que é, intrinsecamente, conflituoso: a demanda por direitos. O direito como integridade é uma (hercúlea) tentativa de se assegurar, de um lado e, na medida do (im)possível, respostas consistentes do direito que evitam o perigo da auto-referência e da indeterminação e que, por outro lado, acalmam a tensão entre direitos e democracia”, no entanto, “é possível que, em face de princípios que não são coerentes entre si, o juiz (Hércules) falhasse na construção de uma resposta consistente, comprometendo a ideia de certeza jurídica e a demanda por uma aplicação legítima do Direito”. Para uma análise mais ampla da filosofia do direito de Dworkin, ver: CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade - Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995.

⁵⁶ Assemelha-se à proposta de Bruce Ackerman (2000, p. 721-722), que postula a existência de um sistema público de distribuição de fundos (*distributive justice branch*) da receita estatal, num percentual previsto constitucionalmente e com distinto grau de prioridade, como um ponto de partida para correção para distorções na distribuição de renda. Unger, por sua vez, mentaliza um *fundo de capital rotativo* com vistas ao financiamento temporário à mão de obra de certos grupos mais vulneráveis (UNGER, 2015, p. 118).

⁵⁷ Essa temática é mais profundamente explorada em *The Knowledge Economy*, lançada neste ano e publicada no Brasil pela editora Autonomia Literária.

trabalho assalariado daria espaço a um cenário de auto-emprego⁵⁸, cooperatividade e outros experimentos institucionais com afetação dos tradicionais modelos do direito de propriedade (UNGER, 2018, p. 62).

Mangabeira Unger defende também a necessidade de reforma dos referidos modelos pedagógicos dominantes, pois estimulam o individualismo, não são seletivos analiticamente e não são dialéticos em seu conteúdo programático (UNGER, 2015, p. 65-67). Para o autor, essas são as verdadeiras vocações e alvos do pensamento jurídico com vistas à refundação institucional auto-induzida, não como fruto de uma lei histórica necessária, mas pelo reconhecimento de que uma ordem pode ser institucionalmente criada e estimulada – reconhecendo-se, ao mesmo tempo, que há um direito preexistente ao ou independente do estatal, embora não haja uma moralidade inerente ao mundo da vida e ao direito (UNGER, 2015, p. 67).

Inspirada por esses déficits emancipatórios e em face da agenda das teorias sociais clássicas⁵⁹, enclausuradoras da imaginação de alternativas institucionais, nasce a doutrina desviacionista de Unger (UNGER, 2015, p. 96), sendo dois seus traços essenciais: (i) um entrecruzamento entre normativo e empírico⁶⁰; (ii) a recusa a ver o direito como sistema

⁵⁸ Como contraface do trabalho assalariado assumido como variante atenuada da servidão, resgatando-se a concepção de trabalho livre (autoemprego voluntário e cooperação) dos liberais e socialistas do século XIX (UNGER, 2018, p. 62). Nesse sentido: “Nas condições criadas pela economia do conhecimento e pelo esforço para disseminá-la por toda a economia em vez de deixar que ela continue a ser apanágio de elites técnicas e empresariais, a ideia da ascendência do autoemprego e da cooperação como expressões do trabalho livre ganha relevância renovada. E o que parecia utópico passa a ser suscetível de efetivação. É só pela junção do autoemprego genuíno – não o autoemprego involuntário que serve como disfarce da precarização – com a cooperação que seria possível reconciliar as formas superiores do trabalho livre com os imperativos de agregação de recursos e de economias de escala. Essa é a segunda mudança definidora de um rumo de futuro na emancipação do trabalho” (UNGER, 2018, p. 74-75).

⁵⁹ Ver nota de rodapé nº 30.

⁶⁰ Enrique Zuleta Puceiro identifica nos CLS essa mesma tendência epistemológica (1991, p. 117-119). O objetivo por trás desse entrecruzamento, sob um ponto de vista institucional, é descobrir se os princípios abstratos juridicamente protegidos são precisamente refletidos em suas verticalizações normativas ou regulamentações – no exemplo de Unger, os princípios de liberdade contratual ou igualdade política comparativamente a como estão regulados. O propósito é tornar claro que tais regulações não são as únicas formas possíveis; isto é, que são possíveis *alternative institutional embodiments* (UNGER, 2015, p. 97). Quanto a isto, as contradições presentes no direito via de regra exigem metajustificações (regras, precedentes, *policies and principles*), que também sofrem de contradições, para cuja solução recorre-se, novamente, a outros esquemas argumentativos e teleológicos mais amplos – e assim por diante. Esse é o sintoma da abertura, no direito, para programas alternativos de vida (UNGER, 2015, p. 99). Aliada a essa primeira finalidade, está também de verificação da pertinência – das relações de causa e efeito – entre as razões teleológicas suscitadas pelos profissionais do direito como embutidas nas regras e princípios (“*to explore the relations of cause and effect that lawyers dogmatically assume rather than explicitly investigate when they claim to interpret rules and precedents in the light of imputed purpose*”, trecho na primeira citação desta nota). Trago exemplo que ilustra isso em alguma medida. Em acórdão recente (outubro de 2018), proferido em sede de Recurso Especial, no qual o recorrente postulava redução de multa cominatória a ele imposta, o Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, nas razões de seu voto, utiliza determinados argumentos que evidenciam o problema das mencionadas relações de causa e efeito às vezes suscitadas no âmbito da prática jurídica – decisões judiciais, petições de advogados e demais meios previstos para manifestação em juízo. Naturalmente, não é aqui o espaço para

idealizado e coerente. A este respeito, todos os ramos do direito permitem soluções desviantes, em razão de suas contradições, que podem ser instrumentalizadas para a transformação (UNGER, 2015, p. 97-98).

Ao falar em transformação, Unger refere-se à possibilidade de que, gradativamente, a partir das controvérsias e aprendizados (ZANATTA, 2014; TEIXEIRA, 2009, p. 118) emergentes no contexto das práticas institucionais, possa haver, entre os ideais abstratos institucionalizados e suas concretizações, uma espécie de controle e correção recíprocos: as práticas afetarão os ideais e vice-versa (UNGER, 2015, p. 179). Isto porque nenhuma prática institucional ou “imagem de como as pessoas possam e devam lidar umas com as outras em qualquer parte da sociedade tem autoridade conclusiva”⁶¹. A essa estratégia de revisibilidade o autor dá o nome de *internal development*:

Deviationist doctrine employs a method, internal development, whose reach of revision can in the end be limited solely by institutional considerations. Such considerations lack any higher authority. It lays claim to no privileged status capable of distinguishing it clearly from ideological dispute. Thus, when pushed beyond a certain point, it ceases to look like what we now call doctrine or to serve the narrow purposes of professional argument, especially when such argument takes place in an adjudicative context (UNGER, 2015, p. 102).

Essa revisibilidade depende do encurtamento da distância entre as situações rotineiras e as de crise ou revolução que geralmente afetam o direito e culminam em sua alteração (UNGER, 2015, p. 103; TEIXEIRA, 2010, p. 48) – pois um experimentalista “não vai ficar esperando pelo próximo momento mágico” de recriação (UNGER, 2004, p. 33; *idem*, 1996, p. 20). Nossos

analisar detalhadamente os fundamentos da decisão. De todo modo, dois dos argumentos utilizados pelo Ministro chamam a atenção e cumprem função ilustrativa. O primeiro é o de que “*poucos discordariam da necessidade de se penalizar exemplarmente o devedor contumaz*, especialmente quando a multa (...) acaba se mostrando *insuficiente como meio de coerção psicológica* (...)” (destaques meus); o segundo: “até mesmo a *importante característica da imparcialidade da jurisdição acabaria por restar abalada* mediante o favorecimento de uma das partes, fora das hipóteses legais (...)”. Veja-se que são razões consequencialistas, estabelecem relações de causa e efeito e partem de premissas dadas. No primeiro caso, os *poucos que discordariam*, a função de *penalizar exemplarmente*, a ideia de contumacidade e, principalmente, o tal objetivo de *coerção psicológica* são incógnitas; isto é, os sujeitos da discordância são indeterminados, a exemplaridade da pena é abstrata, arbitrária, a contumacidade é indefinida e a efetividade enquanto coerção psicológica é carente de comprovação (ao menos na decisão). No segundo caso, é também uma incógnita a ideia de que se quer preservar, com a aplicação desta ou daquela regra, a suposta imparcialidade da jurisdição, sob pena de seu abalo. Em ambos os casos, suscitam-se finalidades dadas como óbvias e embutidas no ordenamento, mas sem justificação sólida ou empírica, quando cabível, e sequer argumentativa (STJ, 2018, REsp 1753224/RS, p. 7-11).

⁶¹ No original: “*that no one image of how people can and should deal with one another in any part of society has conclusive authority*”. Os arranjos existentes não podem ser santificados (UNGER, 2015, p. 101).

interesses traduzem-se em ímpetos que nos colocam em conflito com as estruturas disponíveis e os limites que elas nos impõem (UNGER, 1996, p. 5).

A reimaginação institucional do mercado e da democracia tem o direito como o meio por excelência pelo qual a doutrina desviacionista se expressa, auxiliado por ideais emancipatórios comuns tanto às teorias clássicas liberais e socialistas (UNGER, 2015, p. 104)⁶². Mas há uma ressalva: o produto dessa imaginação não se dogmatiza. Deve ser sensível à deliberação, flexível, aberto à reimaginação frequente⁶³; não pode permitir que o indivíduo fique refém de categorias abstratas ou que, em suas experiências, seja “fantoche do seu lugar no contraste entre classes, sexos e nações”⁶⁴ (2015, p. 105; trad. livre).

A força gravitacional que atrai o sujeito para as condições precárias de sua classe é adversária da expectativa de flexibilidade e imaginação institucional do experimentalismo democrático. Como Unger afirma, a democratização do mercado não pode ser reconciliada com “*the unforgiving assignment of individuals to a predetermined class fate*” (UNGER, 1996, p. 14)⁶⁵.

Afastar o indivíduo desse centro gravitacional é a tarefa primordial da agenda experimentalista. Para esse fim, o autor elabora um programa de reorganização institucional que passa por 3 principais eixos correlacionados, que são: (a) a reorganização do governo; (b) a reorganização da economia; e (c) um novo sistema ou regime de direitos. O vértice comum que os corta é a concepção de transcendência da consciência⁶⁶; o modelo institucional resultante desse

⁶² Teixeira argumenta que Unger resgata, em alguns aspectos, a agenda das teorias sociais do século XIX de ambos os polos do espectro político: “A agenda recuperada por Unger baseava-se na imaginação e construção de uma ordem social sem as divisões excludentes de classes sociais como antevista no projeto dos socialistas ou, pelo menos, a criação de um mundo social capaz de pôr as desigualdades econômicas num patamar que não inviolizasse padrões mínimos de sociabilidade, a exemplo do projeto de muitos liberais” (2010, p. 46), num esforço – para usar as palavras daquele autor – de separar o joio do trigo: de retirar dessas teorias o que elas têm de melhor. Na palavras de Unger: “(...) *our program arises from the generalization of aims broadly shared by the great secular doctrines of emancipation of the recent past-both liberal and socialist - and by the social theories that supported them*” (UNGER, 2015, p. 104).

⁶³ Significa que se deseja o encurtamento da distância entre o que é rotineiro e o que é revolucionário, no contraste, diz Unger, entre o que o mundo social incorpora e o que exclui (2015, p. 105).

⁶⁴ No original: “*A person should not remain the puppet of his place in the contrast of classes, sexes, and nations*”.

⁶⁵ Tendo isso em vista, Unger pincela ideias sobre a reformulação do tradicional direito de herança da lógica privada, com a sua substituição gradativa por um modelo de herança social em diversas formas possíveis, como direito à satisfação de necessidades mínimas do indivíduo pelo Estado, ou como recompensas individualizadas pelo cumprimento de determinados requisitos etc. (UNGER, 1996, p. 14). Unger encarna, de fato, uma lógica experimentalista e se preocupa com princípios de distribuição justa das vantagens iniciais do sujeito em sociedade.

⁶⁶ Consoante Unger, a transcendência é uma das características de nossa consciência. Sua força permeia todos os âmbitos de nossa experiência (“*inquiry, speech and desire*”) (UNGER, 2007, p. 14). Por meio dela, superam-se os limites impostos pelo contexto ao indivíduo, superação que pode se dar tanto no campo das ideias abstratas: “*in mathematics, for example, where our powers of discovery and invention outreach our ability to bring our concepts*

quadro deve pressupor a eliminação de todas formas de categorização social que impliquem congelamento de possibilidades e hierarquização das relações humanas (UNGER, 2015, p. 107-108).

Em (a), busca-se superar uma democracia que, contemporaneamente, é marcada por algumas características decisivas. A primeira delas é o elitismo econômico e político: poucos grupos controlam fatias relevantes da vida econômica do país e ditam o rumo da vida política; como diz Unger, qualquer tentativa de transformação é seguida por uma fuga de capitais, crise econômica e instabilidade política. A segunda marca de (a) são as *cidadelas do poder privado* (“*citadels of private power*”): fábricas, escritórios, escolas, hospitais, em que se exercem e se sofrem plenos poderes disciplinares de difícil controle externo (UNGER, 2015, p. 187) e que ficam imunes ao *accountability* democrático. A terceira marca de (a) é a possibilidade de interferência de elites econômicas nos rumos da vida pública, como por meio do financiamento privado de campanhas, acesso privilegiado aos meios de comunicação etc. (UNGER, 2015, p. 110-111; UNGER, 2018, p. 91). Logo, governos ficam reféns de facções que se valem de um “privilégio irresponsável ou tradição cega” (UNGER, 2015, p. 113; trad. livre).

Em (b), por sua vez, objetiva-se a superação de economias marcadas pela profunda divisão do trabalho e a possibilidade de manejo dos investimentos relevantes por pequenos grupos – também às custas da democracia. Algumas das estratégias econômicas de Unger são o estabelecimento de um *fundo de capital rotativo*, que disponibilizaria temporariamente capital para grupos de trabalhadores de acordo com critérios específicos (UNGER, 2015, p. 118); impor-se-ia, além disso, a remodelação do direito de propriedade, considerado como um conjunto de faculdades garantidas ao titular do direito (UNGER, 2015, p. 119), a serem constantemente reinventados de acordo com os aprendizados institucionais, dando vez a formas temporárias ou fragmentárias de propriedade, ou ainda a novas modalidades contratuais (UNGER, 2015, p. 123), estimuladoras de competição e cooperação simultâneas. Isso, naturalmente, implica a limitação de certos poderes tradicionalmente atribuídos aos detentores do direito de propriedade (UNGER, 1996, p. 13). Essa concorrência cooperativa integra o eixo horizontal da reorganização da

under the control of a closed and complete set of axioms”; como no campo das práticas institucionais: “*when, for example, under the aegis of the rules of a particular regime of contract and property, we devise forms of cooperation that suggest, foreshadow or even require a different set of contract and property rules*” (UNGER, 2007, p. 61). Desse modo, todos os produtos da cultura e da sociedade, porque construídos, são, em princípio, incapazes de exaurir visões e experiências alternativas (UNGER, 2007, p. 71). Mais do que isso, esses produtos, incorporados nas instituições, são inimigos do “espírito transcendente” (UNGER, 2007, p. 123), porque o condenam à vida repetitiva.

economia de mercado mentalizada por Unger, enquanto o eixo vertical está para a reformulação da relação entre governos e empresas (UNGER, 2018, p. 66; TEIXEIRA, 2009, p. 112-113).

O eixo (c), por sua vez (novo sistema ou regime de direitos) tem como propósito emancipar gradativamente o indivíduo face às sólidas divisões sociais hierárquicas. Isso expressa um ideal de comunidade ou experiência comunal traduzido juridicamente (UNGER, 2015, p. 121). Essa é uma experiência incompatível com os modelos jurídicos disponíveis, no entanto, sobretudo com as formas tradicionais de mercado e o seu atual modelo de propriedade (UNGER, 1996, p. 12).

Este último eixo, que será aqui brevemente apresentado e posteriormente explorado mais densamente, sustenta-se em quatro principais categorias de dotações jurídicas ou direitos (UNGER, 1997, p. 367), todos com vistas ao estímulo da remodelação de determinadas relações sociais. A primeira categoria é a dos *direitos de imunidade* individuais em face do Estado, organizações e outros indivíduos (UNGER, 2015, p. 122). Trata-se de proteção abrangente de sua segurança vital, para garantir a exequibilidade dos demais direitos que compõem esse regime. A segunda categoria é a dos *direitos de desestabilização*⁶⁷, como garantias contra a solidificação das hierarquias, práticas e divisões institucionalizadas imunes ao experimentalismo. A terceira, *direitos mercantis* ou *de mercado* (*market rights*), como garantias de provisões condicionais de acesso a porções divisíveis do capital social (UNGER, 2015, p. 123), sob diferentes regimes de contrato e propriedade no mercado reimaginado pelo autor: “*conditional, temporary, and fragmentary forms of property – derivatives of the unified property right – would cease to be treated as marginal anomalies*” (UNGER, 2015, p. 123 e 188; nesse mesmo sentido: UNGER, 1996, p. 12). Finalmente, os *direitos de solidariedade*, que se repartem em dois estágios: um inicial, com definição incompleta, aos moldes do parâmetro da boa-fé (UNGER, 2015, *idem*); e o

⁶⁷ Os *direitos de desestabilização* desempenhariam papel importante em uma democracia empoderada, um papel de correção das distorções causadas pelo que Unger aponta como sendo a doutrina da igual proteção (*equal protection*), consideradas todas as suas deficiências (UNGER, 1986, p. 83 e seguintes), como a incapacidade para efetiva proteção governamental de desvantagens oriundas da pertença a uma classe (educacional [pública ou privada] ou econômica), ou o fato de que ela – a doutrina referida – parte de pressupostos incorretos sobre a sociedade e as desvantagens sociais, supersticiosos ao invés de lastreados nas instituições (UNGER, 1986, p. 89). Os *direitos de desestabilização*, como se verá, exigem postura ativa do Estado (nos seus ramos mais próximos à comunidade) no sentido de facilitar a corrigibilidade de instituições que promovam a insulação de “formas de divisão e hierarquia” (UNGER, 2015, p. 138; trad. livre). Seu pressuposto é a correção de desvantagens sociais (conforme os parâmetros maiores de uma normativa hierarquicamente superior, circunscrita à democracia energizada, reformulação do governo e da economia) para além de mera classificação legislativa de grupos beneficiários da correção; exige-se uma afetação maior de determinados campos institucionais para que vantagens e desvantagens não fiquem entrincheiradas ou afastadas das possibilidades de sua reimaginação. Podem os *direitos de desestabilização* funcionar como invalidação direta setores do direito positivo que afetem os *direitos de imunidade* (UNGER, 2015, p. 139) ou poder privado nas *ciudades* imunes ao *accountability* democrático (UNGER, 2015, p. 140); a respeito de tais *ciudades*, ver página 33.

segundo, em que os titulares desses direitos ou, no seu lugar, os juízes, encarregar-se-iam de completar esse sentido no momento de sua concretização – esta última categoria, como se verá, sofreu duras críticas de Phillip Johnson (1984).

Essas transformações pretendem-se gradativas. O imperativo democrático é o seu norte (UNGER, 2015, p. 200). Sua experimentação pressupõe corrigibilidade de acordo sua execução e consequente aprendizado. Conforme Unger, há aqui um *superliberalismo* (UNGER, 2015, p. 125), no sentido de construção de um universo social que seja imediatamente responsável por sua própria remodelação. Essa tarefa está em recuperar “*the central revolutionary insight of classical social theory and to liberate this insight from the illusions of false necessity*” (UNGER, 2014).

O referido superliberalismo não se confunde com o liberalismo clássico e, além disso, não pode ser pensado aquém ou além, mas somente de forma conjunta com o experimentalismo democrático. A perspectiva superliberal de que se fala orienta-se ao escape, pelos indivíduos, de sua situação (condição situada) em hierarquias específicas, enclausuradoras de sua dimensão humana potencialmente transcendente às estruturas. É um imperativo de autonomia individual que, em última instância, coaduna analiticamente com a condição de corrigibilidade das instituições. Porque instituições não enclausuradoras do sujeito, revisáveis portanto, dão condições para a autonomia transcendente (AMATO, 2018a, p. 75).

Isso pressupõe também a diminuição do distanciamento entre diferentes dimensões da vida em relação: democracia como espaço da cidadania, comunidade privada como espaço dos laços de amizade e família, e o das transações e trabalho como espaço da técnica, do contrato e relações mercantis impessoais (UNGER, 2015, p. 150) – sobretudo a aproximação desses dois últimos.

Mangabeira Unger compreende que a dimensão da técnica foi construída de maneira hostil às relações de poder e sentimento características da dimensão familiar (UNGER, 2015, 152). O interesse do autor é diminuir o antagonismo entre as obrigações pessoais que emergem de cada uma dessas dimensões, estimulando características comunitárias em um ambiente de mercado⁶⁸, e procurando por “condições sob as quais um regime de contrato não se torne disfarce de uma

⁶⁸ Vale ressaltar, como bem observa Teixeira (2009), que Unger não postula de maneira inocente a preservação de algum ideário pequeno-burguês, como se este fosse livre de deficiências ou não pudesse gerar sintomas justamente anticomunitários. Apesar de ter escolhido a pequena burguesia como um dos principais agentes de seu programa institucional de economia cooperativa, Unger, inspirado nos apontamentos de Marx e Engels, “não ignorou certos traços sociológicos que costumam caracterizar esse grupo social, como o egoísmo familiar e a adesão acrítica à postulação restritiva da pequena propriedade como contra modelo (fuga) de vida sócio-econômica” (TEIXEIRA, 2009, p. 115).

ordem de poder sem que seja constantemente sobrescrito por correção”⁶⁹ (2015, p. 174; trad. livre). Portanto, acima do ideal de juridicidade há, em sua teoria, uma visão sobre a personalidade humana e a sociedade⁷⁰ – questões exploradas já em *Knowledge and Politics* (1975), e aprofundadas posteriormente em *The Self Awakened* (2007) e *The Religion of The Future* (2014). Se a manifestação – e garantia normativa – do experimentalismo é jurídica, seu ímpeto é político⁷¹ (UNGER, 2015, p. 176; TEIXEIRA, 2009, p. 109).

A possibilidade para esses caminhos desviantes é revelada nas contradições do direito posto, nas controvérsias da doutrina e da imprevisibilidade das decisões judiciais (UNGER, 2015, p. 162). Nesses espaços fica latente não haver um ideal compartilhado sobre os rumos que uma sociedade deve tomar. Não há consenso entre esses atores e, por tal motivo, não há consenso abrigado no direito. A existência isolada de princípios e contraprincípios juridicizados⁷² denotam que “*law is unclear or divided*” e abre, assim, portas para visões alternativas⁷³ (UNGER, 2015, 167-168) e novas fontes de direitos e obrigações de acordo com a contravisão experimentalista (UNGER, 2015, p. 172).

Juristas, se se pretendem agentes do revisionismo institucional, devem enfatizar – e instrumentalizar – a diversidade dos sentidos nos arranjos disponíveis, derivadas de suas raízes plurais, para então reformular esses arranjos. Isto se opõe à atitude por meio da qual juristas limitam-se a justificar aqueles mesmos arranjos, “*by putting the best plausible face upon these arrangements*”, sob os auspícios de uma ordem social que se acredita estar ali e que, se eventualmente realizada, terá alguma potencialidade emancipatória (UNGER, 1996, p. 40).

⁶⁹ No original: “*The other major theme of moral vision in my discussion of contract theory has been the search for the conditions under which a regime of contract can avoid becoming the disguise of a power order without being constantly overridden by correction*”.

⁷⁰ Apesar de parecer uma proposta esperançosa, ou talvez inocente, Mangabeira Unger sabe bem compromissos doutrinários não produzirão revoluções institucionais, jurídicas ou sociais sozinhos. Há um programa político que subjaz o experimentalismo. Para uma análise profunda da teoria e programa políticos de Unger, ver: Teixeira (2009).

⁷¹ Teixeira, a partir de Unger, parte da conclusão de que a resultante funcional das instituições sociais relevantes, como o mercado, o Estado e o direito, é política: “a ‘função’ resultante da operação de grandes arranjos institucionais como estes – mercado e Estado – que dão forma às sociedades modernas e contemporâneas é sempre, em última instância, política. Afinal, não há a forma natural de existir, nem muito menos de operar, o mercado e o Estado (TEIXEIRA, 2010, p. 47). Unger aduz, ainda: “*When my argument later turns to the critical legal studies movement as a form of political action, it will argue that expanded doctrine has a practical task to accomplish both in society at large and in the narrow, subsidiary arena of adjudication*” (UNGER, 2015, p. 176).

⁷² Ver nota de rodapé nº 55.

⁷³ “*the devices for reproducing society always contain within themselves the tools of social disruption*” (UNGER, 2015, p. 201).

1.3. Direito e realidade institucional brasileira na percepção de Unger

O diagnóstico e propostas que Roberto Mangabeira Unger elabora com relação ao Brasil desviam muito pouco de sua teoria como um todo. Os desafios e particularidades brasileiros são manifestações locais de problemas transcendentais à localidade. Isto por haver, entre as diferentes sociedades contemporâneas e suas intempéries, denominadores comuns ligados por força de analogia. Ou seja, as sociedades e respectivos impasses são análogos quanto ao seu “núcleo”, embora possam manifestar determinadas particularidades. Significa dizer que não há desafios institucionais propriamente brasileiros, mas manifestações brasileiras de problemas universais (TEIXEIRA, 2010, p. 66-67; UNGER, 2018, p. 36).

Todavia, o Brasil, na leitura de Unger, de um ponto de vista institucional geral, é marcado por uma deficiência específica, a qual o autor denomina *colonialismo mental*: tendemos a mistificar e racionalizar nossas instituições que, em regra, não são nossas – “importamos desorientação” (UNGER, 2018, p. 13-14). O caso brasileiro, desse modo, para além das mesmas renovações institucionais – econômicas, políticas e pedagógicas – que foram explicitadas no tópico anterior, exige novas estruturas conceituais ao nível da consciência (UNGER, 2018, p. 15-16).

Aqui, tem-se extremo oposto do que ocorre nos Estados Unidos sob ponto de vista institucional, a despeito das semelhanças entre os dois países⁷⁴. Nos EUA, afirma Unger, idolatram-se as instituições sob a miragem de que são a garantia de uma sociedade fundada na liberdade. No Brasil, contudo, idolatramos instituições estrangeiras que, “tal como roupa emprestada, nos caem mal” (UNGER, 2018, p. 17).

Nossa academia é caracterizada por um conjunto de ideias dominantes que despreza o ímpeto de inovação institucional, tratam-no como “voluntarismo ilusório e perigoso”, entende o autor. Rompem-se, estruturalmente, a experiência coletiva (que é nossa) e a explicação (que é alheia). Isto, todavia, não quer dizer que a experiência local dependa exclusivamente de ideias locais, ou seja, que um pensamento universal não possa ser eficiente (UNGER, 2018, p. 18), mas que há, no caso brasileiro, a forma exagerada da idolatria pelo que vem de fora.

⁷⁴ Ver nota de rodapé nº 38.

Na percepção de Unger (2018, p. 21-23), são três as explicações para o colonialismo mental. A primeira causa liga-se a outros três fatores históricos peculiares ao contexto brasileiro: (i) uma forma de produção primária e predatória (própria do processo de colonização), alheia à cooperação⁷⁵; (ii) ausência de “rupturas de força e de guerras”, que não permitiram a criação de nossa plena independência; e (iii) o fato de haver aqui um entreguismo, em que se sentimentalizam formas desiguais de troca⁷⁶ (UNGER, 1998a, p. 126). A segunda explicação maior está na falta de um projeto de desenvolvimento que vá além da massificação do consumo (que democratize, nas palavras de Unger, também o lado da oferta). A terceira explicação está nas pedagogias dominantes: as formas hegemônicas de pensamento na academia e os modelos pedagógicos e curriculares do ensino pré-universitário – enciclopedista e dogmático⁷⁷.

Quanto ao nosso direito, sobretudo o constitucional holisticamente considerado, o diagnóstico de Unger é igualmente severo. Ele compreende que o direito constitucional brasileiro inibe o aprofundamento da democracia, na medida em que permeado por um “liberalismo protodemocrático” que conjuga três elementos: (a) o presidencialismo tradicional, que causa a perpetuação do impasse político (sempre postergado para as eleições subsequentes); (b) o federalismo clássico, anti-experimentalista porque não cooperativo⁷⁸; e (c) a “complacência com a influência do dinheiro privado na política e no acesso aos meios de comunicação”, cujo efeito é, na prática, a histórica manutenção do patrimonialismo sobre o sufrágio (UNGER, 2018, p. 91).

A tradição constitucional brasileira representa um “weimarismo tardio” (UNGER, 2018, p. 92). Ela se inspira em correntes e instrumentos constitucionais europeus que explicam o vastíssimo rol de promessas de direitos da Constituição Federal de 1988, que, por infortúnio, é

⁷⁵ De acordo com Mangabeira Unger, a maior parte do setor produtivo brasileiro permanece atrelada a um “primitivismo produtivo, sem práticas ou tecnologias avançadas” (UNGER, 2018, p. 127). A política nacional de desenvolvimento, para o autor, deve, dentre outros, apostar no acesso ao crédito, embora isso não seja suficiente. Para que se atinja um patamar satisfatório, aduz, é necessária “a construção de arranjos que facilitem a difusão do vanguardismo produtivo, em vez de deixá-lo confinado a ilhas de avanço, como geralmente ocorre no mundo. (...) vanguardismo inclusivo abrange coordenação estratégica entre governos e empresas que seja descentralizada, pluralista, participativa e experimental. E que se alimente da concorrência cooperativa entre pequenas e médias empresas de vanguarda (...). Não se trata de regular o mercado; trata-se de reorganizá-lo em prol do experimentalismo radical na produção” (UNGER, 2018, p. 128).

⁷⁶ “(...) *the transposition of subjugation and exclusion into blindness and favor* (...)” (UNGER, 1998a, p. 127).

⁷⁷ A educação é uma das “feridas do Brasil” (UNGER, 2018, p. 126). Sua qualidade, para Unger, é miserável. A saída passa por substituir as técnicas pedagógicas que priorizam memorização e “enciclopedismo” por técnicas que estimulem capacidade analítica, aprofundamento pontual e senso crítico/dialético. Passa, além disso, pelo preparo e valorização dos professores, valorização que possibilite “progressão salarial e intelectual ao longo da vida” (UNGER, 2018, p. 127).

⁷⁸ As competências comuns do artigo 22 da CF/1988 indicam um ponto de partida em prol da cooperatividade, Unger afirma (UNGER, 2018, p. 95). Para Unger, o federalismo cooperativo é o espaço da divergência e da inovação. É o laboratório da experimentação regional: de baixo para cima, portanto (UNGER, 1998, p. 129-130).

carente de ferramentas institucionais necessárias à sua efetivação; trata-se, nas palavras do autor, da postura socialdemocrata conservadora de humanizar o que não consegue reinventar (UNGER, 2018, p. 51). Deixam-se de lado as inovações econômicas e políticas necessárias à agitação democrática, promove-se o distanciamento entre os poderes centrais e os locais e, em virtude da atenuação do ritmo democrático, mantém-se certa imunidade à revisão, o que “perpetua o poder dos mortos sobre os vivos” (UNGER, 2018, p. 92).

Nosso presidencialismo – de inspiração norte-americana –, conforme Unger, tem a vantagem da condução direta ao poder central em razão das largas atribuições que fortalecem a figura do presidente. A desvantagem, todavia, anula a vantagem: “o presidente é forte para agraciar ou prejudicar interesses, mas é fraco para promover transformações”⁷⁹ (UNGER, 2018, p. 93). Tais transformações estruturais, nas mesmas linhas componentes do experimentalismo como um todo, poderiam no Brasil ser implementadas por um ramo (*branch*) específico de governo⁸⁰ destacado dos demais. De acordo com Unger, suas funções seriam, principalmente, intervir em setores da sociedade marcados por exclusão e opressão dos quais indivíduos e grupos não conseguem escapar pelos meios econômicos e políticos comuns (UNGER, 1998a, p. 127).

Das formas de subjugação que marcam a realidade brasileira, Unger oferece destaque especial para a questão racial. O racismo, para o autor, é uma das mais penosas barreiras ao experimentalismo democrático. As estratégias por meio das quais se tentou aniquilar tal barreira, paradoxalmente, no entendimento de Unger, preservaram-na: “*a selfconscious whiteness among the propertied and educated classes turns the color line into a major and distinct dimension of class hierarchy, robbing ordinary people of respect even as it denies them opportunity*” (UNGER, 1998a, p. 131). O erro das referidas estratégias estaria em desvincular a transformação econômica do tratamento dessas questões raciais⁸¹.

⁷⁹ Uma possível solução proposta pelo filósofo está em manter o presidencialismo de origem norte-americana, mas somado a formas rápidas de resolução dos conflitos, como eleições antecipadas (bilaterais: para o Executivo e Legislativo) diante de impasses, ou a intensificação no uso de plebiscitos e referendos (UNGER, 2018, p. 93).

⁸⁰ O qual será abordado com mais detalhes no terceiro capítulo.

⁸¹ E, nesse sentido, o autor complementa: “*Thus, a scheme for the redress of racial injustice in Brazil also needs to put alongside a heightened vigilance against individualized discrimination an insistence upon combining rectification by class with rectification by race. Brazilians need to take membership in the downtrodden race as a central form of disadvantage, invented by society but marked upon the human body, and recalcitrant to the barrierbreaking work of democratic experimentalism. Then, they too can treat the combination of forms of class, racial, or other disadvantages as a trigger for active preferment in schooling and employment*” (UNGER, 1998a, p. 131-132).

Conforme indicado por Unger em artigo intitulado “*Pôr a mão nas feridas: o que o Brasil requer*” (publicado em 2015), costuma-se apresentar uma série de pretextos para se sustentar a suposta inviabilidade das reformas e necessidades institucionais do Brasil. Desses pretextos, para o autor, três seriam os mais influentes: (a) que não temos partidos políticos confiáveis no Brasil, a justificar a falsa visão de que é preciso construir novos partidos anteriormente às demais reformas institucionais; (b) que não há dinheiro para o financiamento de tais alternativas institucionais; e (c) que impera, contra as propostas reformadoras, um aparente “espírito do fatalismo histórico”. Para (a), Unger objeta não ser verdadeiro que a reforma política deva anteceder ao experimentalismo: “nenhuma nação (...) reforma a política para só depois decidir o que fazer com a política reformada”. Contra (b), a razão do autor é de que a falta de recursos financeiros não equivale a falta de ideias; o combustível da mudança institucional é a política e a imaginação, não o dinheiro. Finalmente, contra (c), a objeção oferecida por Unger está em uma afirmação nacional, a qual depende de rebeldia e, igualmente, de imaginação institucional, pois “a aliança entre a rebeldia nacional e a imaginação institucional não cabe no discurso açucarado da política brasileira: o discurso do social, dos social-liberais e dos social-democratas” (UNGER, 2018, p. 126).

2. TEORIA CRÍTICA: UNGER SITUADO E A NEGAÇÃO DA CONSERVAÇÃO

A teoria crítica do direito ou crítica jurídica é entendida como um momento abertamente político da filosofia do direito nacional e internacional, que se fortaleceu a partir de 1970 e contou com correntes de pensamento geograficamente e epistemologicamente distintas entre si (*Association Critique du Droit*, *Critical Legal Studies*, *Uso Alternativo del Diritto* e diversas outras derivadas dessas), mas unidas por uma mesma ética declarada.

Não se pretende, aqui, mapear os movimentos de crítica jurídica nacionais e internacionais, nem descrever as suas particularidades, pois há literatura a esse respeito⁸². Importa somente destacar a ocorrência desse compromisso político expresso, de militância, de alguns intelectuais do direito⁸³ com determinadas causas humanistas e/ou emancipatórias (HESPANHA, 2012, p. 15-16), embora de forma fragmentada (WARAT, PÊPE, 1996, p. 62-63), ao final do século XX.

Tratava-se de um compromisso ético com a reformulação das bases do pensamento jurídico, que pode ser sintetizado na condição de desconfiança em relação à dogmática jurídica⁸⁴

⁸² Para uma tipologia ou mapeamento holístico do pensamento jurídico crítico internacional e, especialmente, nacional no final do século XX ver: WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Trata-se de uma das principais obras voltadas à compreensão estrutural daquilo que se configurou como teoria crítica do direito brasileira. Wolkmer é também considerado um dos autores integrantes do movimento, em específico do pluralismo jurídico, e conta obra específica sobre o tema: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. Uma tipologia da crítica jurídica brasileira é também oferecida em: CLÈVE, Clémerson Merlin. *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Curitiba: Scientia et labor, 1988, p. 54 e seguintes; PAZELLO, Ricardo Prestes. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, 2014. P. 409 e seguintes. Para uma estudo introdutório sobre as teorias críticas do direito, ver: DE LARA, Gustavo D. *A crítica jurídica brasileira sob a ótica da eficácia: uma leitura a partir de Luiz Fernando Coelho e Antonio Carlos Wolkmer*. Monografia apresentada como requisito para a conclusão da Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

⁸³ Tem-se, no Brasil, uma série de autores indicados como representantes dessa postura crítica. De acordo com Wolkmer, estão, entre tais autores, José Eduardo Faria, Celso Fernandes Campilongo, Leonel Severo Rocha, Marcelo Neves, Luis Alberto Warat, Luiz Fernando Coelho, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Júnior, Roberto Aguiar, Agostinho Ramalho Marques Neto, João Maurício Adeodato, entre outros (o rol sugerido por Wolkmer é extenso), cada qual operando a partir de uma perspectiva específica (seja sistêmica, semiológica, psicanalítica etc., aplicadas ao direito), mas unidos por um componente político que caracteriza as teorias críticas do direito (WOLKMER, 2012, p. 126-166; nesse sentido, também: ROMAN BORGES, 2014, p. 75).

⁸⁴ Entendida enquanto campo do saber jurídico em que as premissas são assumidas como inquestionáveis (FERRAZ JR., 2003). Para uma discussão sobre a distinção entre dogmática jurídica e zetética jurídica, ver: DE LARA, Gustavo Dalpupo. *Os ângulos dogmático e zetético a partir dos pressupostos da crítica jurídica: um confronto entre Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luiz Fernando Coelho*. *Anais da XVIII Jornada de Iniciação Científica*, v. 1, n. 7, p.189-207, Curitiba, 2016.

e ao caráter ideológico do direito. Congregam-se, ainda, em um antipositivismo⁸⁵ (HESPANHA, 2012, p. 21; LUDWIG, 2011, p. 161; ROMAN BORGES, 2014, p. 64).

Desnecessários, portanto, grandes esforços para justificar que a obra de Unger se coloca como uma das manifestações da crítica jurídica. Seu pensamento conjuga os elementos de oposição conservadorismo do pensamento jurídico e alia-se ao propósito político de emancipação. Um argumento simplório está em afirmar que o próprio movimento que o autor integrou intitula-se crítico. Outro argumento, de maior profundidade analítica, pode auxiliar a identificá-lo como tal. Raymond Geuss oferece-nos as pistas para tanto.

Alega Geuss que uma teoria crítica, para que se configura como tal, precisa observar os seguintes requisitos: (i) clarificar, teoricamente, a viabilidade da passagem de um estado de coisas inicial para um estado final por ela almejado; (ii) demonstrar que a transição em (i) é necessária, evidenciando, no estado inicial, que determinados grupos encontram-se em estado de dependência, ignorância ou frustração; (iii) justificar que a proposta teórica apresentada dá as condições para o mencionado processo de transição; e (iv) demonstrar que o *status quo* atual é, de fato, aquele apresentado como merecedor de reformas (GEUSS, 1988, p. 125-126).

A teoria ungeriana adequa-se a essas etapas. Identifica a condição de dominação e dependência de indivíduos a hierarquias e estruturas de pensamento/relação que impedem movibilidade ou transcendência daqueles em relação a estas (segundo e quarto requisitos); aponta as causas dessa dominação: específicas estruturas socioeconômicas, jurídicas e políticas; e, oferece, para resgatar da hierarquização o indivíduo (para emancipá-lo⁸⁶), um programa de ação político incorporado institucionalmente⁸⁷ (primeiro e terceiro requisitos).

A identificação do entrincheiramento – que, no vocabulário de Unger, significa proteção contra a revisão – dos arranjos institucionais e dogmas da cultura (UNGER, 2007, p. 122) como causas do aprisionamento do indivíduo e alvos da revisibilidade a ser instituída evidenciam a repulsa, na teoria ungeriana, à conservação das ideias, experiências e formas subjugadoras de

⁸⁵ Entenda-se-o, como posto por Rocha (1982, p. 130), como o estudo do direito para além da norma jurídica, ressaltando-se também seus “aspectos político-ideológicos e históricos”.

⁸⁶ “*There is, in Unger’s work, an urgent emancipatory message. For him, no social constraint is inescapable. For him ‘it’s all politics’ because society is an artifact and all that is social is contingent, challengeable, changeable. There is no aspect of social arrangements not open to revision*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 396).

⁸⁷ A arquitetura institucional no experimentalismo não deve derivar de modelos abstratos de descentralização econômica e soberania popular, pois a remodelação da sociedade, conforme essa teoria, não pode ser atingida por meio de asserções filosóficas isoladas: “*no philosophical sleight of hand exempts us from the need to understand, to confront, and to change the real structure of society*” (UNGER, 2015, p. 192).

relação humana. Modelos de experiência e relação humana, assim como as ideias que as informam, são objetos do direito – e o direito tende à conservação.

Contra esta última característica levantaram-se, motivadas politicamente, as teorias críticas do direito, mas foram acusadas de perpetuar o déficit emancipatório das correntes contra as quais se insurgiram. Ou seja, acusadas de incapacidade em enfrentar a conservação. Sugere-se, no entanto, que a teoria ungeriana se apresenta como a redenção das teorias críticas do direito neste aspecto. A proposta de Unger é a antítese eficiente do conservadorismo imputado à crítica.

2.1 O conservadorismo das teorias críticas do direito

As teorias críticas do direito, a despeito de seu conteúdo humanitário e proposta teórica emancipatória, não ficaram imunes a ataques. No auge da crítica jurídica no Brasil, décadas de 80 e 90 portanto, Leonel Severo Rocha, por exemplo, tratou de imputar a ela a “tentativa sofisticada” de obter, para si, o controle político velado atribuível – conforme a crítica – à epistemologia positivista. Para Rocha, ao fazê-lo, a crítica recupera o positivismo, pretendendo uma “neutralidade de segundo-grau”, pois ao mesmo tempo que se assumindo política, “julga-se competente para decretar os novos rumos da ciência do direito” (ROCHA, 1982, p. 133). Além disso, o autor aduz que

a teoria crítica do direito se caracteriza por um profundo conceitualismo, o que constitui um exemplar paradoxo, devido às suas próprias denúncias a respeito dos aspectos político-sociais do direito e das insuficiências do positivismo. Na verdade, o saber jurídico é político-ideológico desde a sua constituição histórica e, assim, a denúncia de tais aspectos não é suficiente à proposição de um novo saber alternativo (...) não existe oposição, a não ser teórica, entre saber jurídico dito ideológico ou não. O direito sempre foi político; é falsa a afirmativa de que o direito se torna crítico devido à descoberta realizada pela teoria crítica deste aspecto inerente à sua materialidade (ROCHA, 1982, p. 134)

Por seus “sofisticados conceitualismos” (ROCHA, 1982, p. 135), Rocha quer dizer que as teorias críticas do direito encerraram sua contestação politicamente aberta no âmbito do discurso e do conceito. Por esse motivo, não alcançaram o que, na leitura do autor, seria a verdadeira meta: a formulação de “soluções materiais” efetivas no campo da práxis. A materialização, para

Rocha, deve se incorporar aos mecanismos do próprio direito, de modo que insuficiente a mera denúncia ao componente ideológico e à decorrente conservação do estado de coisas.

Defeito similar fora atribuído por Luis Alberto Warat e Albano Pêpe à crítica jurídica. Para os autores, o movimento, além de desagregado, padeceu da falta de coerência e precisão (WARAT, PÊPE, 1996, p. 64-65). Haveria nas teorias críticas do direito o paradoxo que, nos dizeres de Warat, encerra-se no apelo a uma *gramática totalitária* e estereotipada⁸⁸, que pretende empoderar o sujeito contra a violências simbólicas e, “longe de consegui-lo, opera de um modo finalmente cúmplice” (WARAT, 1995, p. 349). A hipótese levantada por Warat põe em dúvida a possibilidade de existência das teorias críticas, possibilidade esta prejudicada pela colocação de uma gramática definitiva⁸⁹, sob a ilusão de que ela não ficará refém desse paradoxo.

Roman Borges, de modo semelhante, na esteira desses autores, descreve que as frentes da crítica jurídica tentaram – nas diferentes vertentes de expectativa emancipatória – escapar ao formalismo nos positivismos jurídicos. Buscaram, assim, aproximar direito, valor e realidade, além de revelar o maniqueísmo por trás da expectativa de neutralidade axiológica no saber jurídico (BORGES, 2014, p. 65). Todavia, permaneceram adstritas à lógica da sistematicidade e da normatividade: “seus horizontes continuam a ser os mesmos: a *Erhaltung*”⁹⁰. Não se procura experimentar o novo, não se aceita o discurso do fora (...) e não se inebria com a lógica do impensado (...)” (BORGES, 2014, p. 77). Por esse motivo, prossegue vinculada a um discurso de conservação (BORGES, 2014, p. 78).

Conforme Borges, é necessário que o discurso jurídico, ao invés de se prostrar à incansável fixação de conceitos (a conceitualismos, como colocado por Rocha), deve entregar-se ao acaso, fazer-se permeável ou suscetível a uma imaginação que procure pelo impensado. Ao fazê-lo, caminhará no sentido oposto ao da simples reconceituação dos institutos disponíveis (BORGES, 2014, p. 31-33). Para fugir da tendência à conservação, o discurso jurídico precisa negar a condição de definitividade, entregando-se ao incerto, ao que lhe seja exterior (BORGES, 2014, p.

⁸⁸ Por “estereotipada” Warat se refere a discursos fundados nos estereótipos, recursos linguísticos cujo significado de base é vazio e, por esse motivo, configura um termo impreciso que, por este motivo, pode ser manipulado (WARAT, 1995, 70-72).

⁸⁹ A alternativa vislumbrada por Warat para esse impasse é a *carnavalização do discurso*, em que ao sentido do discurso se conforma de modo democratizado, deslocando-se o sentido da verdade, o centro gravitacional do discurso (a explicação do direito pelo direito, para cuja superação a mera interdisciplinaridade não é suficiente, aduz o autor), criando-se a condição para a produção permanente de significados, assim evitando que estes se tornem totalitários (WARAT, 1995, p. 355-363).

⁹⁰ Do alemão: conservação ou preservação.

39). Dito de outra forma, exige-se que “o discurso jurídico também aprenda a esquecer para poder se renovar” (BORGES, 2014, p. 40).

Borges, por meio da renovação epistemológica no plano da jusfilosofia, aponta para a necessidade de afirmação de “discursos de constituição”, cuja centralidade estaria na constante definição e negação do definido (BORGES, 2014, p. 79). Para tanto, em sua perspectiva, impõe-se o resgate de algumas perspectivas filosóficas, sobretudo francesas⁹¹, que ficaram, de certa forma, distantes da cultura jurídica brasileira (BORGES, 2014, p. 80).

Distanciar-se da conservação, no entendimento de Borges (2014, p. 200), é possível também a partir da ótica zetética, proposta por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003)⁹², na medida em que ela se volta à dissolução dos dogmas juridicamente estabelecidos, pela perturbação dos significados dogmáticamente estruturados. Isto porque, no olhar zetético, as “premissas são dispensáveis” e, se os resultados forem insatisfatórios, alteram-se as conclusões a fim de “conformar as premissas aos problemas” (BORGES, 2014, p. 202).

De todo modo, o ferramental zetético – Borges prossegue – é aliado do discurso de constituição, transgressional por excelência pois avesso à conservação (à *Erhaltung*) que tem como imperativo uma normatização colocada em oposição à “não norma, que o *direito erotizado*, enquanto discurso constitutivo, procura esboçar” (BORGES, 2014, p. 215; grifos do autor). A não norma, o *outro da norma*, não é ausência de normatividade, mas alternativa (BORGES, 2014, p. 218), aquilo que se define a partir do que está ausente no conteúdo normatizado, num sentido afirmativo do conteúdo infirmado ou omitido pelo direito posto unilateralmente.

Notam-se, desde já, entrecruzamentos entre os diagnósticos feitos por esses autores (Rocha, Warat e Borges) com o viés experimentalista ungeriano. Em primeiro lugar, no caso de Rocha, há

⁹¹ Autores que, inspirados em Nietzsche, intentaram escapar à racionalidade da modernidade, como Roland Bartsch, Maurice Blanchot, Georges Bataille, Michel Foucault e outros (BORGES, 2014, p. 80), que, consoante Borges, oferecem o arsenal teórico para um “direito erotizado”, por excelência subversivo do normativismo que este autor imputa ao juspositivismo e, em menor grau, à crítica jurídica. Borges, no entanto, atém-se à dimensão epistemológica do problema. Vale dizer, não oferece uma resposta imediatamente institucional ou prática para o dilema do aspecto conservador do direito.

⁹² Ferraz Jr., estabelece um conjunto tipológico daquilo que denomina “orientação zetética” (zetética analítica, zetética empírica, zetética pura ou aplicada etc.) que, em linhas gerais, significa uma perspectiva de estudo ou análise de determinado objeto permissiva de relativizações, em oposição à ótica dogmática, em que esse mesmo objeto não se relativiza, mas é dado como certo, como dogma. Significa, no caso do direito, falar-se na oposição entre, por exemplo, filosofia ou sociologia do direito (ferramentas zetéticas de análise: foco nos fenômenos objetos da norma) e direito civil ou processual (perspectivas dogmáticas de análise: foco na própria norma) (FERRAZ JR., 2003, p. 40 e sgts). A diferença entre uma perspectiva e outra, em suma, equivale à diferença no grau de condescendência que o estudioso assumirá diante do seu objeto de estudo, ou seja, à medida da sua disposição em combater o sentido que lhe é ofertado por esse objeto.

a identificação da insuficiência conceitualista e ausência de mecanismos jurídicos materializadores do projeto arguido conceitualmente; o entrecruzamento está em que, em Unger, a materialização institucional da proposta emancipatória é um dos argumentos centrais da teoria do autor.

No caso de Warat e Pêpe, para os quais a colocação de uma gramática definitiva é, em última instância, cúmplice da conservação, tem-se o entrecruzamento com o interesse de Unger em assegurar a revisibilidade das instituições (e, como se verá, do caráter), sob o propósito de impedir o enclausuramento hierárquico do indivíduo e dos valores ora institucionalizados.

Finalmente, no caso de Borges, tem-se a identificação do ângulo zetético como válvula de escape para a contestação do direito enquanto instituição – que é o dogma, a premissa não contestada. Se o dogma não oferece soluções satisfatórias (a partir de um *ethos* humanista), então será ele alvo dos ataques que se lhe possam desferir zeteticamente. A mesma preocupação está em Unger no que diz respeito à exigência de revisibilidade dos conteúdos juridicamente institucionalizados. Se as práticas assim exigirem, as instituições são colocadas à prova e substituíveis à medida em que se modificam os valores.

Há, dessa forma, uma relação dialética entre o dogma (a instituição) e a indagação zetética (a revisão), uma intercomplementaridade produtiva de sentidos e reformas. Resta apenas saber em que medida remanesce, nessa relação, o elemento dogmático e quão prejudicada ou afetada fica a sua função, se se conceber, como o faz Ferraz Jr., que o dogma cumpre um papel funcional relevante, cujo vetor teleológico aponta para a atividade decisional.

Se a maior falha das teorias críticas do direito, com seu conceitualismo normativista, está em permanecer abraçada à conservação, parece prudente afirmar que, para além de uma refundação dos pilares epistemológicos, é preciso pensar em ferramentas concretas, expressadas institucionalmente, que traduzam adequadamente (e juridicamente) essas preocupações e lhes deem concretude. Assim, é necessária a concepção de um programa institucional que leve a cabo a fuga aos discursos de conservação apontados por Borges. Pode-se então aduzir que Mangabeira Unger verticaliza no plano analítico o combate à *Erhaltung* e, mais do que isso, sana a deficiência mais elementar da crítica jurídica.

2.2 Experimentalismo como antítese ao conservadorismo

No universo da crítica jurídica, Unger oferece uma proposta concreta que vai de encontro às duas principais necessidades daquela: em primeiro lugar, uma reformulação no plano epistemológico e, em segundo, a elaboração de um programa institucional para a concretização de seu *ethos* emancipatório.

A teoria ungeriana identifica ambiguidades⁹³ no direito. De um lado, há uma dimensão de valores, liberdades ou faculdades individuais e, de outro, limitações a essas mesmas faculdades (para assegurar que sejam possíveis) (UNGER, 1996, p. 28). É o caso das limitações às liberdades privadas, contratuais ou ao exercício dos poderes derivados do direito de propriedade. Esse caráter ambíguo do direito revela suas feições ideológicas e, a depender do método empregado, inibe a sua reconstrução para além dos modelos tradicionais de estrutura socioeconômica, imunizando o direito contra a invasão política reformadora. Esta imunização, uma *self-imposed poverty* (UNGER, p. 1996, p. 28), conserva as estruturas disponíveis, justificando-as ao invés de desafiá-las e mudá-las; falha em fazer do pensamento jurídico uma ferramenta em prol da imaginação institucional (UNGER, 1996, p. 29).

De acordo com Unger, o problema da ambiguidade é perceptível desde a tradição jurídica do século XIX – que se define pela tentativa de encontrar as formas jurídicas ligadas ao livre mercado. Tal tradição valia-se de duas posturas teóricas, uma formalista e outra conceitualista, sob o escopo de garantir um esquema político e econômico baseado, principalmente, na noção de liberdade. Seu objetivo era suprimir os conflitos políticos. Fazia-o, prossegue Unger, defendendo a neutralidade de certos interesses (como a propriedade) juridicamente consagrados que, ao contrário, em um cenário prático, mostravam-se essencialmente ambíguos ou indeterminados. Esta condição pode ser percebida na ideia de conflitos horizontais entre proprietários (na possibilidade de se gozar do direito, contudo condicionada a certas limitações funcionais), e

⁹³ “My analysis (...) examines points of controversy in the law that bring into focus an ambiguity in the relation between the principles and the counterprinciples” (UNGER, 2015, p. 145). Para a explicação sobre a diferença, em Unger, entre princípios e contraprincípios, ver nota de rodapé nº 55. Mais do que isso, identifica ambiguidades nas instituições em geral: “é necessário destacar que Unger leva a sério e até as últimas consequências a tese compartilhada por quase todos os grandes pensadores sociais desde Montesquieu, de que as instituições fundamentais do mundo moderno contêm uma ambiguidade constitutiva. Na verdade, o próprio racionalismo ocidental é imanentemente ambíguo. O mercado pode criar riquezas com uma eficiência extraordinária, mas produzir, ao mesmo tempo, desigualdades de vários tipos e, da mesma forma, o Estado pode agir orientado das mais diversas maneiras, a depender da correlação de forças políticas que esteja no controle de seus poderes e recursos” (TEIXEIRA, 2010, p. 47).

verticais, entre proprietários e Estado (a exemplo das hipóteses de falência e recuperação judicial) (UNGER, 1996, p. 41-43).

A referida ambiguidade, manifesta na coexistência entre estímulos à assunção de riscos por agentes econômicos e constrições institucionais para que esses riscos não impliquem a autodestruição daqueles, desenha, a rigor, um panorama jurídico-institucional que, em suas incertezas, não permite inferir claramente qual é o *background* econômico lastreado no direito. Essa indefinição é sintomática, indica que há aberturas para transformações institucionais (UNGER, 1996, p. 45). A hipótese brasileira que exemplifica essa ambiguidade é a garantia constitucional ao direito de propriedade e à livre-iniciativa (respectivamente, art. 5º caput e art. 1º, inciso IV, da CF/88) relativamente à sua balização, seja pela função-social (inciso XXIII do art. 5º da CF/88) ou pela legislação falimentar e de recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005).

Outra tradição exemplar – para além da novecentista – é a já mencionada racionalização sistematizadora e retrospectiva do direito (*rationalizing legal analysis*), método fortalecido ao final do século XX, sobretudo nos Estados Unidos, mas presente também em outros sistemas⁹⁴. Essa tradição é representada por um modo de discurso jurídico que estende interpretativamente o direito posto e procura representá-lo racionalmente (UNGER, 1996, p. 38). Isto sob o esforço de justificação de certa ordem de políticas e princípios alegadamente embutida no direito, em um sentido teleológico que enxerga “*pieces of law as fragments of an intelligible plan of social life*” (UNGER, 1996, p. 36).

⁹⁴ De acordo com Unger, o método de análise jurídica racionalizadora é mais facilmente identificável na tradição do *common law* (em sua convivência com o direito estatutário sob a tarefa interpretativa dos profissionais do direito). Mas possui raízes desviantes nos sistemas de *civil law*, em específico pelos sistemas de direito que tenham sido influenciados pela faceta codificadora francesa pós-revolucionária que ficou atrelada à exegese da lei; ou seja, contexto no qual os códigos tinham seu sentido formado pelo esforço da doutrina dos juristas, donde o espaço para a racionalização do direito e florescimento do método (UNGER, 1996, p. 39). Além disso, este método não é puro: convive com resquícios da tradição jurídica do século XIX, e também com outra tendência por Unger considerada ainda mais recente, caracterizada por um reformismo conservador, descrente em alternativas possíveis, assim como sobre a potencialidade de concretização e capacidade emancipatória dessas alternativas. Temos, então, no discurso jurídico contemporâneo (note-se que o autor está a escrever na iminência da virada para o século XXI), a convivência dessas diferentes tendências do pensamento jurídico no espaço acadêmico e profissional, afirma Unger (1996, p. 52). Pode-se argumentar, apoiando-se em Rodriguez (2011), que o método prevalecte apontado por Unger (análise jurídica racionalizadora) é caracterizado, no cenário brasileiro, pela “estratégia interpretativista”. Como se verá, essa estratégia aponta também para um esforço de construção dos sentidos legais, pela doutrina, em favor dos supostos “melhores usos” da lei. O método de análise jurídica racionalizadora, dessa forma, aparenta ser uma prática dominante no pensamento jurídico brasileiro. Contudo, no sentido imediato colocado por Unger, parece ficar em aberto o grau de correspondência, ainda que por mera analogia, entre as práticas dominantes no *civil law* e as que o autor identifica como preponderantes no *common law* - ao menos em “*What Should Legal Analysis Become?*”. Deixemos por ora essa questão em aberto; é já relevante que esteja demarcada.

A estratégia teórica por trás da *rationalizing legal analysis* desempenha função semelhante àquela explicada pela noção marxiana de ideologia, entende Unger, pois a estratégia legitima interesses dominantes ao universalizá-los⁹⁵, de modo a convencer serem, no mínimo, representativos do bem coletivo (UNGER, 1996, p. 56). Em fazendo apologia a tal método, o jurista torna-se um mistificador em desserviço às potencialidades da democracia (UNGER, 1996, p. 37), mantenedor do que está posto. Assim, opõe-se a reinvenções, amparado pela suposta expectativa de humanização do direito (UNGER, 1996, p. 40) num sentido pseudofilosófico (UNGER, 2018, p. 31) e conformista:

The self-conscious task of this representation of law was to imagine as law the regulatory and redistributive activity of an activist government. This is the work in which rationalizing legal analysis has been most successful. The larger task was to reimagine from the perspective of social democracy the working methods of legal reasoning and the entire body of law and legal institutions including traditional private law. In this larger work the success of rationalizing legal analysis, and of its supporting cast of theories of law, has been far less certain. Indeed, the incompleteness of the larger mission has given contemporary jurists an excuse to disclaim broader intellectual or transformative ambitions; there is so much work left to do. (UNGER, 1996, p. 47)

Um projeto de teoria do direito politicamente conservador, portanto, e contraposto ao projeto experimentalista (UNGER, 1996, p. 52). Nesse sentido, Caio Farah Rodriguez identifica, no pensamento jurídico brasileiro, algumas tendências semelhantes às pontuadas por Unger quanto ao método racionalizador. São práticas analíticas que, conforme Rodriguez, consubstanciam uma “estratégia interpretativista”. Esta caminha na direção oposta à da teoria do direito ungeriana (RODRIGUEZ, 2011, p. 27). O objetivo dessa estratégia é a sistematização de proposições analíticas que procuram explicar os sentidos do direito positivo (os possíveis significados, implicações sistêmicas e práticas do princípio da dignidade humana ou do mínimo existencial, por exemplo), facilitando sua instrumentalização pelos profissionais do direito no contexto das práticas judiciais. A justificativa para esse raciocínio é – uma vez mais – a indeterminação do direito (RODRIGUEZ, 2011, p. 31).

A estratégia interpretativista é a forma equivalente – e brasileira – da *reasoned elaboration* de que Unger fala. Esta caminha ao lado de um poder revisionário que, tradicionalmente, por um imperativo de pragmaticidade do direito, bem como de sua mutabilidade, não possui limites claros (UNGER, 1996, p. 67). Como observa o autor, um dado problema interpretativo tenderá

⁹⁵ E, para Mangabeira Unger, uma ortodoxia universal só pode ser combatida por outra ortodoxia universal. Contra esta, uma heresia local é inócua (UNGER, 2018, p. 37).

sempre a suscitar um conjunto de respostas possíveis que, embora possam se distinguir quanto à plausibilidade, não são, necessariamente, igualmente legítimas (UNGER, 1996, p. 67). Com as ferramentas argumentativas certas, o intérprete poderá alcançar mais de uma resposta para o mesmo problema. E inexistente consenso sobre o grau aceitável de poder revisionário a se conferir aos operadores e sobre o pano de fundo de ideias que deve guiar esse poder (UNGER, 1996, p. 74-75).

Nesse sentido, para Rodriguez, embora a estratégia interpretativista seja importante e útil em alguma medida, ela também apresenta limitações – principalmente se vista a partir do esquema explicativo de Unger. Isto porque o interpretativismo justifica o conceito jurídico posto e, com isso, limita, quando não tolhe, as reflexões sobre alternativas em relação à regra ou princípio sobre os quais recai. Dessa maneira, trata-se de uma estratégia expansiva, idealista e autolimitadora, pois “naturaliza exatamente o que a inovação institucional pressupõe como contingente” (2011, p. 33-34).

O itinerário intelectual da estratégia interpretativista passa pela identificação do problema a ser – alegadamente – esclarecido e, então, à verticalização de seus sentidos possíveis. Seu intuito é delinear conceitualmente o direito posto, contentando-se com a mera justificação de sua existência (GODOY, 2011). Ao se apresentar como a melhor forma de esclarecer os usos adequados do direito positivo – por meio da elucidação semântica à luz de certos valores consagrados constitucionalmente –, prejudica a expectativa de reinvenção própria do experimentalismo (RODRIGUEZ, 2011, p. 38; TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 103). Não se discutem as opções institucionais verticalizadas que possam realizar, por exemplo, as expectativas sociais constitucionalmente previstas e ainda não cumpridas (TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 101)⁹⁶. Do lado oposto à estratégia interpretativista está a noção metodológica de que a “a genealogia das instituições existentes deve desembocar na análise das alternativas institucionais” (TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 93). É, portanto, exatamente o oposto, e precisamente a proposta de Unger.

Em oposição ao conservadorismo mistificador da *rationalizing legal analysis* e ao conformismo da estratégia interpretativista, Unger se vale da ambiguidade constitutiva do direito

⁹⁶ Além disso, os dois autores refletem sobre as tradições teóricas que pensam o grau de autoexecutoriedade ou eficácia das expectativas sociais constitucionalmente previstas: as correntes substancialistas, formalistas e procedimentalistas, com o propósito de clarificar que o fato de não terem sido ainda cumpridos os programas constitucionais guarda relação com a perspectiva teórica que se adote (TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 100-105). Uma análise dessas correntes, no entanto, está longe do objetivo deste trabalho.

como ponto de partida das soluções desviantes a servirem ao experimentalismo. A conservação dá lugar à inovação institucional. Cada dos impasses nos momentos de aplicação ou interpretação do direito apontam para nova possibilidade de testes práticos à luz das expectativas na arena da democracia radical pretendida pelo autor. O que está juridicamente posto, mas não dá conta de servir às exigências da realidade, na obra ungeriana, não deve ser retrospectivamente justificado, mas revisado e experimentado.

Tais revisões, por certo, acarretam determinados custos, como se mostrará. Mas os custos da transformação, conforme Unger, são mais intensamente sentidos no tempo presente, porque nós, que os sentimos, vivemos no tempo biográfico ao invés do tempo histórico; os benefícios dessa transformação sobrevivem àqueles que os sentem, porque seu tempo é o histórico, não o biográfico (UNGER, 1998a, p. 243).

3. EXPERIMENTALISMO E O APARENTE PARADOXO DA REVISIBILIDADE-ESTABILIDADE DO DIREITO

A proposta experimentalista sustenta-se nos pilares até aqui mencionados (as reformas setoriais da economia, da democracia, do direito etc.) e aponta para uma espécie de ação política⁹⁷. Sustenta-se, ainda, em premissas sociológicas e psicológicas que constituem a sua antessala normativa e procuram justificar a sua exequibilidade – premissas que, todavia, não ficaram livres de ataques. Mas Unger adverte que sua teoria possui componentes normativos e, nesse sentido, o autor defende de antemão que o “ceticismo normativo” (UNGER, 2015, p. 186) que procure opor-se às suas propostas terá, ele mesmo, conteúdos normativos – ainda que o cético parta de premissas descritivas distintas sobre a sociedade e a personalidade.

Teixeira (2009, p. 151), por exemplo, acentua um ponto relevante: a crítica – levantada, de acordo com o autor, a partir do liberalismo clássico – de que o pensamento de Unger talvez espere da humanidade mais do que ela está disposta a oferecer, para cuja mensuração se exige um exame da natureza humana. Mas tal exame vai de encontro a barreiras epistemológicas significativas. A esse propósito, Daniel Hruschka⁹⁸ (2018), chama a atenção para um fato importante. Hruschka afirma que os estudos sobre a psicologia humana e comportamento realizados no último século desconsideram 85% da humanidade, ou seja, baseiam-se em parcela muito pequena (15%): os representantes da categoria W.E.I.R.D: *western, educated, industrialized, rich e democratic*⁹⁹. Portanto, no campo da psicologia, ainda há uma lacuna no que diz respeito ao dilema da receptividade humana a determinados padrões de interatividade: se

⁹⁷ “We can reimagine present governmental and economic regimes, and the forms of social organization they help support, as incomplete realizations of the radical project. We can explain their stability without treating them as the necessary expressions of deep-seated economic, organizational, or psychological constraints. We can acknowledge the replaceability of inherited institutions without giving credence to the idea of a foreordained sequence that predetermines what can or must come next. Most importantly, we can formulate programs of social reconstruction that push farther the effort to achieve empowerment through the weakening of social division and hierarchy. These programs include ideas about the reorganization of governments and economies and even of our intimate life of personal encounter. They provide a basis on which to connect the leftist criticism of institutional arrangements with the modernist criticism of personal relations. The programmatic ideas indicate an approach to political action. This approach seeks to identify opportunities for a style of political practice committed to generating small-scale or transitional versions of its more comprehensive goals” (UNGER, 1997, p. 262).

⁹⁸ Estudioso da relação entre cultura e comportamento da Universidade do Estado de Arizona.

⁹⁹ Nesse mesmo sentido e para uma proposta de psicologia com maior representatividade, ver: RAD, Mostafa S; MARTINGANO, Alison J; GINGES, Jeremy. Toward a psychology of Homo sapiens: Making psychological science more representative of the human population. PNAS: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 115 (45) 11401-11405, novembro de 2018.

há ou não, e em que medida podem, as pessoas, viver em condições de cooperação e solidariedade.

Isto porque os projetos de rearranjo institucional com vistas à realização das capacidades humanas e distribuição fundamental/originária justa das vantagens e recursos – dado que a moralidade e o direito precedem ao Estado – dependem de um substrato social mais forte, um compromisso ou interesse que toca, em última instância, na vontade fundamental de compartilhar. Então a questão que se deve colocar é se há uma tal vontade (tal como pensara Nietzsche¹⁰⁰), inerentemente humana, que caminhe no sentido oposto à solidariedade – e em paralelo ao egoísmo. Se a resposta for positiva, quais as condições para que isso possa ser alterado institucionalmente (de cima para baixo, com *enforceability* amparada nos estímulos e penalidades) e impositivamente?

Nesse ponto Teixeira (2009, p. 62) oferece ao pensamento de Unger uma crítica prática: este autor, aquele afirma, teria deixado de entregar um projeto concreto de atividade humana a ser desenvolvido. Ou seja, a teoria ungeriana continua, em alguns aspectos, dependente de verticalizações, e talvez por esse motivo não tenha conseguido encarnar no mundo (TEIXEIRA, 2009, p. 62). No que toca essa indagação, Johnson (1984, p. 282) afirmou:

Apparently the family, the churches, and both public and private educational institutions would be prime targets of Professor Unger's cultural revolution. If this interpretation is correct, I can no longer describe his work as "inconclusive," to say the least. Set out in the pages of the Harvard Law Review, it all sounds antiseptic and intellectual: There is no hint that police and mob terror will inevitably be the agents of transformation. How else can all direct personal connections be remade, and all existing forms of division and hierarchy be disrupted? The cultural revolution is no tea party, even when the invitations come on Harvard stationery.

¹⁰⁰ Aos moldes colocados por Nietzsche nos aforismos 36 e 259 de *Além do Bem e do Mal* (2007), como uma forma “primitiva do mundo das paixões” (2007, p. 53) que aponta, pois, para uma vontade originária, encarnada na obra nietzschiana como a vontade de potência (2007, p. 185). Esta, de acordo com Bernard Reginster (2007, p. 35-37), não deve ser entendida como simples impulso para a dominação, mas como uma atividade de constante superação, pelo sujeito, das resistências que impeçam a satisfação dos seus desejos; interpretação análoga é endossada por Lawrence Hatab (2015, p. 220-222), que coloca a vontade de potência como ímpeto de “sobrepular” as resistências. Hatab também aponta para a leitura – curiosa – de que Nietzsche, em *Crepúsculo dos Ídolos*, adotou a visão de que o repúdio às instituições é uma forma de decadência (HATAB, L. J., 2015, p. 228). Mas este autor não deixa de reconhecer que o pensamento do filósofo alemão conduz a uma postura avessa à igualdade (HATAB, L. J., 2015, p. 242), o que aponta também para a concepção de que a vontade de potência veicula certo individualismo (GORI, P.; STELLINO, P.; 2014, p. 111) talvez exacerbado. Restaria então examinar em que medida ideias como essas poderiam indicar a impossibilidade do grau de solidariedade necessário à exequibilidade do ideal de cooperação que informa o experimentalismo ungeriano.

A esse propósito, Mangabeira Unger sustenta que não serão os juízes nem os advogados os primeiros agentes a introjetar a prática experimentalista por meio da subversão interpretativa do direito. Também não será o poder executivo a fazê-lo, seja por carecer de capacidade prática ou legitimidade política para reinterpretar determinados direitos. Nem o legislativo, pois não poderia fazê-lo sem se tornar despótico e inefetivo, aduz o autor (UNGER, 1996, p. 31-32). Seria necessário *criar* um agente para esse fim, precisamente um novo ramo governamental (*branch of government*), com legitimidade política (eleito), encarregado da específica função de reconstrução institucional e garantia dos direitos (*right-ensuring work*) a ela ligados. Criação que, em si mesma, exige um *background* experimentalista (UNGER, 1996, p. 33).

Outro aspecto do pensamento ungeriano, porém, talvez permita aqui um exame menos especulativo – sem perder a especulatividade. Trata-se do interesse que o autor tem em formular instituições facilmente revisáveis¹⁰¹. Logo, a teoria do direito de Unger pressupõe um direito não enrijecedor da imaginação institucional, que se impõe como uma das faces políticas do esforço contra as relações falsas de necessidade: Unger “*understands the institution as law but undertakes it as politics*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 377-378).

A revisibilidade no direito toca em uma discussão tradicional no âmbito da teoria do direito e jusfilosofia, familiar ao positivismo, sobre a completude e previsibilidade do direito: a busca pela segurança jurídica (BORGES, 2014, p. 53) e a capacidade que o direito tem de antever as situações concretas nas suas linhas e entrelinhas. Relaciona-se, ademais, com a própria função do direito enquanto ordem institucional normativa que atua, mediante sanções punitivas e promocionais (BOBBIO, 2007), como referência para os comportamentos e expectativas dos sujeitos em sociedade. As possíveis relações da teoria de Unger com as características acima mencionadas são o objeto do próximo tópico, em especial o aparente paradoxo na relação entre previsibilidade ou estabilidade e revisibilidade do direito enquanto instituição.

¹⁰¹ “*The structures of society and culture are fighting turned to stone; they are what comes into existence so long and insofar as we interrupt our practical and ideological struggles over the organization of life in society (...). When we fashion structures designed to invite their own reconstruction, we make them into both superior instruments of our power and more faithful reflections of our humanity*” (UNGER, 2007, p. 63).

3.1. A questão institucional: delimitação ontológica

Na obra de Mangabeira Unger as instituições, enquanto categoria privilegiada de análise, são concebidas em relação com o conceito de contexto formador. Este é uma espécie de dimensão prática que determina, organiza e é reproduzido no âmbito das rotinas sociais, conjunto de ideias, papéis sociais, hierarquias e demais atividades exercidas em sociedade. É variável com respeito ao seu grau de suscetibilidade a revisões. Isto é, o contexto formador indica quão revisável é uma ordem social, em um nível não só institucional, mas também ideológico. A corrigibilidade em questão, em tese, pode ser estimulada ou atenuada por meio de redesenhos institucionais estratégicos (TEIXEIRA, CHAVES, p. 97-98).

Algumas disputas em sociedade caminham no sentido de preservar o contexto formador; outras, no sentido de sua correção. Dessa forma, sua estrutura é passível de afetação pelos conflitos. O resultado disso pode significar a modificação das identidades coletivas, dos interesses individuais e coletivos, alternativas relacionais, institucionais e assim por diante. A partir dos conflitos e seus resultados fica evidente que essa estruturação pode ser substituída (UNGER, 1997, p. 74).

O contexto formador pode também ser entendido como uma macroestrutura, uma “aglomeração mais ou menos frouxa e acidental de práticas institucionais e concepções ideológicas” (AMATO, 2017, p. 114) em relação à qual as instituições são microestruturas, aí incluso o direito. Este pode entrincheirar – ou seja, imunizá-lo contra correções – mais ou menos um contexto formador. É ainda capaz de fornecer instrumentos para que o indivíduo possa exercitar a capacidade negativa (AMATO, 2017, p. 111): por meio da qual o sujeito transcende o contexto formador no qual está inserido, colocando-se como seu arquiteto crítico (UNGER, 1997, p. 76).

Assim, na interpretação de Teixeira (2009, p. 54), os conceitos ungerianos de contexto formador e de capacidade negativa possuem íntima relação. Na medida em que o primeiro se refere a um arranjo institucional e ideológico acidental que “regula as expectativas corriqueiras e as disputas regulares com relação à distribuição dos principais recursos da sociedade”, o segundo conceito (que Teixeira equipara à luta de classes no materialismo marxiano), é descritivo da natureza humana, na forma de uma vontade de negação ou transcendência ao contexto-formador

pelo pensamento ou pela ação. A capacidade negativa é expansível por arranjos institucionais que reduzam a distância entre normalidade e excepcionalidade (TEIXEIRA, 2009, p. 55).

Diferentemente do modo de produção de Marx, o contexto formador ungeriano é divisível. O último conceito é, então, uma alternativa explicativa para o primeiro. Em verdade, subverte-o, subtraindo-lhe alguma de suas naturalizações, como a vinculação a leis históricas de transformação. Sua mutabilidade – ou seja, a do contexto formador – é possível porque ele é divisível em instituições (AMATO, 2017, p. 116).

Desse modo, a revisibilidade do contexto formador obedece a outras forças que não à luta de classes: às forças da capacidade negativa e do grau de entrincheiramento a que está submetido o contexto. Cada novo resultado de transformação é em parte influenciado pelo anterior e influenciador do subsequente. Ainda, essas revisões são, em geral, gradativas (UNGER, 1997, p. 78).

Instituições, por sua vez, surgem em função da contenção e interrupção dos conflitos. Sua função estabelece em determinado grau as condições materiais e imateriais das relações entre os sujeitos. Definir se um arranjo institucional pode ser assumido como integrante de um contexto formador exige duas pressuposições: esse arranjo deve fazer parte da – mais ou menos – definida mentalidade das pessoas e grupos que nele se baseiam e, ainda, a sua alteração ou substituição deve surtir efeito visível no conjunto de ações realizadas por esses sujeitos nos conflitos e relações rotineiros (UNGER, 1997, p. 72-73).

Unger define instituições como sendo um conjunto de regras e crenças que dão forma a práticas cujo conteúdo é informado por concepções de como as pessoas podem e devem lidar umas com as outras em dado domínio da vida social¹⁰². Essas práticas conferem formato para a vida em relação, e equivalem a “*focal points of both order and meaning*” (UNGER, 2017, p. 14).

As instituições podem ser também compreendidas como elementos orientadores que dão regramento e sentido às práticas sociais. Na visão de Fucci Amato, instituições não podem ser compreendidas como mero sinônimo de organização, como “eufemismo para estado”, como “suporte ambiental ao sistema econômico e, por fim, como um “conjunto estável de papéis, apoiado em uma generalização de expectativas complementares sobre padrões de conduta e

¹⁰² “*An institution is a set of rules and beliefs shaping a cluster of practices that is informed by a conception of how people, in a certain domain of social life, can and should deal with one another*” (UNGER, 2017, p. 14).

sanções”. Essas compreensões – na perspectiva do autor –, por equivocadas, dificultam a explicação de comportamentos desviantes e de mudanças institucionais (AMATO, 2017, p. 161).

Douglass North¹⁰³, de igual modo, conceitua instituições como as regras do jogo em uma sociedade. Tais regras podem ser formais ou informais, como os costumes e tradições. São restrições humanamente criadas – artefatos humanos, portanto – para guiar a interação humana, além de reduzirem incertezas “*by providing a structure to everyday life*” (1990, p. 3-4).

Conforme North, instituições distinguem-se de organizações e com estas possuem uma relação especial. Organizações, na concepção do autor, são grupos de indivíduos unidos por razões variadas, sejam políticas, econômicas, sociais ou educacionais. A evolução das organizações afeta a das instituições e vice-versa: há interação e mútuo aprendizado entre elas (NORTH, 1990, p. 5). Os mecanismos de incentivo e punição das instituições se alteram com o tempo e a isso se seguem mudanças comportamentais reativas das organizações.

North (1990, p. 73), porém, afilia-se a determinadas concepções abandonadas por Unger, como algumas das premissas teóricas de Ronald Coase sobre relação estabelecida entre os agentes econômicos e instituições sob a ótica dos custos de transação. Unger (1996, p. 24), diferentemente de Coase, assume que a tendência comportamental à maximização dos interesses em torno das instituições disponíveis valida uma visão institucionalmente estática do mercado e suas atividades. Além disso, reputa (UNGER, 1996, p. 25) que uma economia verdadeiramente institucional não deve focar nos laços entre os fenômenos comportamentais em face das instituições, mas sim nas próprias instituições, suas causas, consequências e possíveis variações.

A estabilidade das instituições – North afirma – é um fator relevante. Isto porque elas são o norte que guia as interações humanas. Isso não significa que instituições não se alterem nem que não devem ser alteradas, adverte o autor. Em verdade, instituições modificam-se em ritmo próprio. Nesse sentido, North pontua que as mutações institucionais configuram um processo complexo “*because the changes at the margin can be a consequence of changes in rules, in informal constraints, and in kinds and effectiveness of enforcement*”, além de que “*institutions typically change incrementally rather than in discontinuous fashion*” (1990, p. 6). Ou seja, essa

¹⁰³ A análise das instituições feita por Douglass C. North em *Institutions, institutional change and economic performance* (1990) volta-se principalmente à compreensão de fenômenos econômicos e dos comportamentos humanos aí compreendidos. O estudo de North, no entanto, oferece-nos algumas categorias importantes para pensar o experimentalismo democrático, como se verá.

mudança tende a ser marginal (NORTH, 1990, p. 83) ao invés de radical (por revolução, a exemplo) (NORTH, 1990, p. 89).

Na visão de North, mudanças institucionais geralmente são induzidas pelas organizações. Estas, ao buscarem seus objetivos¹⁰⁴, pautam-se nos arranjos institucionais disponíveis, guiadas pelos incentivos ou desestímulos nestas compreendidos. Em o fazendo, as organizações, ao mesmo tempo, estimulam a alteração desses arranjos (NORTH, 1990, p. 73). O ponto de vista de North coaduna com o de Unger neste aspecto. Este também afirma que a reconstrução das instituições se dá de maneira relacional – as instituições afetam os agentes e estes as afetam. Há uma relação interna e recíproca entre a reimaginação dos interesses coletivos (no caso de North, as organizações) e as instituições disponíveis, o que, em última instância, constitui os processos de transformação da própria história (UNGER, 1996, p. 18).

A estabilidade desses arranjos institucionais é assegurada por um conjunto de constrictões geralmente formais e hierarquizadas, sendo que a mudança em cada grau dessa hierarquia varia de acordo com os custos que exigem para que sejam alteradas. A associação dessas constrictões estimuladoras de estabilidade – sejam elas formais ou informais, como as rotinas, tradições, convenções, entre outros – dão-nos a sensação de segurança em relação ao que fazemos e para onde iremos, diz North (1990, p. 83).

Haveria, no entanto, a equivocada compreensão de que, no percurso histórico, as instituições caminham em um só sentido, numa linha evolutiva, como se ao final o mundo fosse presenciar o império de um conjunto institucional específico. Esta, conforme Unger, é a tese da convergência – a justificativa científica do fetichismo institucional¹⁰⁵ e do neoliberalismo –, cujo argumento central é o de que as práticas institucionais mundo afora rumam a um único grupo de práticas econômicas e políticas, como sendo, alegadamente, as melhores disponíveis¹⁰⁶ (UNGER, 1996, p. 8). A tese da convergência e o fetichismo institucional configuram o substrato teórico e ideológico que legitima a postura antiexperimentalista.

¹⁰⁴ Frise-se, North foca nas interações econômicas e, em particular, em como as organizações são estimuladas pelas variações dos custos relativos causados pelos arranjos institucionais. O próprio autor menciona que carece de informações para aferir, por exemplo, as causas ideológicas que estão por trás do comportamento dos indivíduos nas organizações (1990, p. 86) – mesmo porque North rejeita o modelo de agente racional das teorias econômicas clássicas (1990, p. 8).

¹⁰⁵ Ver nota de rodapé nº 10.

¹⁰⁶ À tese da convergência Unger opõe duas objeções: (a) há sempre opções institucionais alternativas para a concretização de determinados objetivos; e (b) a escolha de certos arranjos institucionais sobre outros corresponde a opção por modos distintos de relação ou convivência (UNGER, 1996, p. 9).

Definida, assim, a questão institucional, e tendo em vista seu caráter coordenador, faz-se necessário examinar qual a relação entre, de um lado, seus elementos constitutivos e, de outro, a reivindicação a que, num sentido amplo, façam-se suficientemente voláteis, para atenderem à condição de revisibilidade esperada pelo experimentalismo ungeriano. Mas, mais do que isso, é preciso explicitar o que isso significa, exatamente, para uma instituição específica: o direito.

3.2 Revisibilidade-estabilidade do direito

Estruturalmente, o contexto formador abrange as instituições (e, por consequência, o direito). Unger interessa-se por um contexto formador revisável, ou seja, permissivo de recombinações e experimentos. Logo, essa revisibilidade deve ser estendida ao direito, o que não quer dizer que o autor dispense a importância de algumas categorias jurídicas designadas especificamente para reduzir a insegurança do indivíduo em ambiente experimentalista.

As experimentações, como visto, são possibilidades cuja condição está no exercício da capacidade negativa, a partir da qual o sujeito se posiciona como artífice das mudanças empregadas nas estruturas dentro das quais se encontra. As mudanças se permitem precisamente porque os contextos formadores não estão imunes a elas, já que estes são artefatos humanos: *“because more disentrained frameworks make possible a range of forms of empowerment, a cumulative move toward greater revisability is possible”* (UNGER, 1997, p. 77).

Na terminologia ungeriana, a suscetibilidade à mudança de um contexto formador pode ser pensada em termos de entrincheiramento e desentrincheiramento – respectivamente, menos ou mais corrigível. Quanto mais entrincheirado, maior o número de etapas necessárias para a sua afetação. No entanto, o percurso em direção ao desentrincheiramento, diz Unger, não deve ser pensado como uma manifestação de certa intenção anárquica (UNGER, 1997, p. 75). Desentrincheirar é criar condições para novos experimentos, cujo primado ético está em dar ao indivíduo condições de se engrandecer (ŠKOF, 2015, p. 725), de dar voz às suas potencialidades¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Isso está relacionado com o princípio ético e concepção sobre natureza humana, os quais permeiam toda obra de Unger, e encontram especial atenção em trabalhos como *Knowledge and Politics* (1975), *The Self Awakened* (2007) e *The Religion of The Future* (2014).

O entrincheiramento está associado à rigidez de papéis e hierarquias sociais. Um exemplo de contexto formador relativamente rígido ou entrincheirado é, na opinião de Unger, o sistema de castas indiano¹⁰⁸. No lado oposto estão sociedades nas quais as divisões sociais se pautam por grupos de ideias e opinião relativamente líquidos e formados livremente, desligados de alguma estrutura maior, eventualmente transcendental, que os conecte – nesse caso, as sociedades de classe contemporâneas (UNGER, 1997, p. 76).

Mangabeira Unger endossa a produção de estruturais jurídico-institucionais facilmente revisáveis e sensíveis, em sua mudança, às expectativas emergentes no contexto de uma democracia de alta intensidade. O argumento normativo central sobre a revisibilidade está em reduzir a distância entre as atividades corriqueiras – realizadas dentro de uma ordem ideológica e institucional – e atividades excepcionais de transformação dessa mesma ordem. De acordo com Unger, diminuindo-se a distância entre essas duas categorias de atividades, elas deixam de aparentar serem fenômenos naturais, e a história não se transforma em mero destino (UNGER, 1998b, p. 247). O dogmatismo estrutural é a forma pela qual essa rendição se manifesta. Ele é a contraface das instituições facilitadoras de sua própria revisão (UNGER, 2018, p. 28).

A revisibilidade pressuposta no experimentalismo de Mangabeira Unger, conforme a interpretação de Teixeira (2009, p. 35), pressupõe rejeitar a reificação das estruturas sociais. Para isso é preciso colocá-las à mudança permanente¹⁰⁹, potencializando-se a capacidade de desenvolvimento que Unger visualiza na natureza humana. A constante revisão das instituições possibilita retirar ou resgatar o indivíduo da condição que lhe é imposta pela rígida hierarquização da vida em sociedade (TEIXEIRA, 2009, p. 35-36); foge-se, com isso, à lógica de que *“os homens criam essas estruturas e elas passam a ter uma lógica independente desse agente que passa a se entender como se o verdadeiro sujeito da história fossem essas estruturas e não o construtor delas”* (TEIXEIRA, 2009, p. 37).

Desse modo, o cenário contemplado no programa experimentalista é o de que as estruturas de regulação e de ideias são refeitas em um ritmo muito mais intenso. Pressupõe-se também alta

¹⁰⁸ Para um exame histórico e antropológico do sistema de castas indiano, ver: BAYLY, Susan. *Caste, society and politics in India from the eighteenth to the modern age*. Cambridge University Press, 1999.

¹⁰⁹ Mas por endossar determinada revisão perpétua – o que, para Amato, seria interpretação incompleta do pensamento ungeriano –, Unger não endossa a conclusão inocente de que a plasticidade não poderá gerar o infortúnio da opressão (AMATO, 2018, p. 280), isto é, da vitória dos que já eram fortes. Não há como conceber a corrigibilidade das instituições sem a força individual de transcendência (capacidade negativa) amparada por direitos auxiliares protetivos do sujeito, desenhados especificamente para esse fim de garantia da contestação (AMATO, 2018, p. 281).

participatividade dos destinatários dessas mudanças nesse processo de refazimento. A facilitação do processo está em que os núcleos de governo (mas também econômicos e jurídicos) estão – no programa experimentalista – pulverizados, descentralizados, por força de um imperativo de democracia.

Esse pressuposto democrático, logo, é indispensável no projeto de revisibilidade. Mas façamos um simples exercício analítico de supressão desse pressuposto. Com isso se pretende visualizar mais facilmente um possível paradoxo que a eventual incapacidade de constante e permanente energização democrática pode acarretar para o direito. Isto não é propriamente uma infirmação da posição de Unger: o autor é plenamente ciente de que o referido pressuposto democrático é *conditio sine qua non* da revisibilidade – e não só dela, mas de todos os pilares do experimentalismo.

O aparente paradoxo está relacionado à função do direito – assumida abstratamente e amplamente. Isto é, a função de regular e ditar os rumos ordem social (de forma concorrente com outras espécies de ordenação, como as religiosas e morais) e das relações que se estabelecem diariamente¹¹⁰. Um parâmetro institucional normativo estruturador e coordenador de condutas que hipostasia – isto é, põe-se abstratamente para então se coisificar – uma determinada ordem coisas (formas de associação ou relação humana, Unger diria) alocadas em sentido normativo (de dever ser) e que se pretendem, então, concretizáveis. Pontuar esses elementos pode aparentar dizer o óbvio. Essas características, contudo, são elementares se pensadas a partir da revisibilidade sob um contexto experimentalista, porque é precisamente o caráter coordenador de condutas que fica nebuloso, senão comprometido, quando pensada a constante corrigibilidade das instituições.

A indagação fica mais clara a partir do direito concebido como instituição que opera a partir de esquemas normativos cuja finalidade é fornecer parâmetros para a tomada de decisão.

¹¹⁰ Como se verá, há um antevisão possível na ótica ungeriana em relação a uma concepção de comunidade que leve em conta esses elementos institucionais como orientações sem as quais tudo desaba. A compreensão sobre o indivíduo e a sociedade, aliada à proposta normativa revisional e experimentalista, aponta para um sentido maior do que poderia ser a ordem comunal: “A comunidade às vezes é compreendida como uma circunstância de restrição do jogo de auto-interesse ou como uma condição em que interesses e valores compartilhados prevalecem e excluem o conflito. Mas a análise das paixões demonstra que todas essas definições de comunidade são superficiais ou subsidiárias. Embora pretendam descrever um vínculo profundo de união entre as pessoas, não chegam às ligações mais fortes. A adesão a valores e interesses compartilhados permanece mais como uma parceria para o progresso de uma causa comum que um ato de aceitação mútua radical (...) Essas variedades de comunidade representam versões truncadas de uma ideia mais fundamental: justamente a ideia da vulnerabilidade mútua exacerbada, que serve como terreno das paixões transformadoras” (UNGER, 1998b, p. 239).

Frederick Schauer (1991, p. 145) aponta que a existência de regras como parâmetros normativos (em geral, na vida em sociedade e, em específico, no direito) pode ser pensada – *all things considered* – a partir de um critério de eficiência. Vale dizer, a existência de parâmetros normativos liberta aquele que se encontra encarregado de tomar determinada decisão do fardo de analisar todos os aspectos da situação (*decision-prompting events*) que tem diante de si – porque a sua decisão se baseará, parcialmente, em decisões tomadas de antemão por terceiros: as regras. A existência de regras facilita a tomada de decisão (SCHAUER, 1991, p. 145). Ao nos depararmos com esses parâmetros, não perdemos tanto tempo tendo de decidir como temos de lidar diante de certas ocasiões. Uma defesa nesse sentido, é claro, dependerá de endossar a eficiência como um valor a se proteger na ocasião (SCHAUER, 1991, p. 148).

Pode-se, ainda, ponderar sobre o tema a partir do problema da justiça, ou seja, como decidir tendo regras como parâmetro decisório facilita ou não a tomada de decisões justas: decidir casos iguais de maneira igual. No entanto, como bem mostra Schauer, a generalização característica das regras¹¹¹ não é, necessariamente, a melhor estratégia para o tratamento igualitário de casos iguais – justamente porque generalizações suprimem diferenças que são relevantes (SCHAUER, 1991, p. 136-137). Além de que pode haver boas razões para tratar casos iguais de maneira diferente, e casos diferentes de maneira igual. Portanto, “*there is nothing essentially just about rule-based decision-making*” (SCHAUER, 1991, p. 137).

Por fim, regras, enquanto instituições, remetem à ideia de confiabilidade num sentido relacional, ou seja, “*the ability of rules to foster the interrelated virtues of reliance, predictability, and certainty*” (SCHAUER, 1991, p. 138)¹¹². Isso ocorre porque elas fornecem, em maior ou

¹¹¹ Regras, num extremo, suprimem características variantes contidas na realidade e, além disso, englobam elementos genéricos cuja amplitude tem como função algum grau de aplicabilidade uniforme (SCHAUER, 1991, p. 155). Isto é, a generalização abriga, em si, similaridades de fenômenos essencialmente distintos projetando-as espacialmente e temporalmente para além das particularidades desses mesmos fenômenos (SCHAUER, 1991, p. 42-43). A generalidade da norma dispensa a complexidade da experiência real. No outro extremo, podem ser bastante particulares, abrangendo riqueza de detalhes e, por conseguinte, proximidade à complexidade da realidade. A prevalência de uma ou outra característica dependerá de se o sistema de regras em questão se pretende duradouro ou apenas contingente – se o conteúdo da regra se pretende aplicável no tempo em certo conjunto circunstancial semelhante, ela tenderá a possuir aplicabilidade ampla (SCHAUER, 1991, p. 156).

¹¹² Já para Unger, a existência de regras numa comunidade pode aumentar o grau de reciprocidade entre seus participantes, mas ao mesmo tempo podem, caso se tornem demasiado precisas/verticalizadas, cristalizar a “espontaneidade da vida comunitária” (UNGER, 1998b, p. 127). Ou seja, ao mesmo tempo que protegem expectativas, podem atrasar a revisão, na medida em que se tornem mais precisas, um dilema que se acentua ainda mais quando se considera que as formas atuais (e as institucionalizadas) da sociedade são, em verdade, “manifestações parciais e temporárias da humanidade” (UNGER, 1998b, p. 127). Conforme o autor, confiar num empreendimento comum (a vida comunitária) independe do cálculo de custo-benefícios. As relações estabelecidas sob o véu da confiança não julgam os elementos dessa relação como redes de deveres e direitos claros: “cada

menor grau, condições para que os indivíduos conheçam de antemão quais as consequências para as suas ações, já que regras oferecem simplificação categorial (selecionam e abrigam em si algumas das categorias com sentido social relevante) e relativa¹¹³ homogeneização de sentidos (restringem interpretações possíveis sobre um mesmo fenômeno ao alocarem algum dos sentidos possíveis em sua estrutura). Isso tem sua utilidade prática, tendo em vista que ideias, interpretações e valores tendem a variar entre as pessoas¹¹⁴.

Os sujeitos sob o império do direito interagem orientados pelo seu conteúdo: os comportamentos e expectativas de comportamento previstos legalmente. Isso se permite, conforme Christodoulidis (1996), pela referida redução de complexidade prevista no direito em relação aos demais fenômenos, como o político. Estão legalmente fixados conteúdos que servem de referência às expectativas dos indivíduos ou grupos (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 384-386). A constrição dos sentidos é, assim, inerente ao direito:

participante preocupa-se mais com as atitudes para com o grupo e para consigo reveladas pelas palavras e atos de seus parceiros do que com a conformidade a um plano rígido de direitos e responsabilidades” (UNGER, 1998b, p. 122). Sob a contraface da confiança – a desconfiança –, se o indivíduo acredita que as instituições disponíveis sabotam-no, colocam-no sob desvantagens, emerge o perigo de que seu comportamento atrapalhará, por suspeita egoísta ou ressentimento, o engajamento conjunto necessário para a reconstrução dessas instituições, parasitando-o ou o tornando passivo em relação a elas (UNGER, 1998b, p. 125). A rigidez embutida dessas desvantagens impede que aquele sujeito visualize seu contexto como o de uma comunidade unida por laços de solidariedade; para que seja visualizada como tal, é preciso que o sujeito possa contar com a “boa-fé dos co-empresendedores”. A desconfiança, como contraforça desta visão, é nebulosa, no sentido de que simultaneamente necessária – como vigilância mínima – e danosa – como autoproteção defensiva (UNGER, 1998b, p. 126). A desconfiança, então, para Unger, é ambígua: pode significar o recuo contra o grupo tanto a favor do interesse em resgatar o ideal comunitário como contra esse interesse. Ao passo que confiamos, podemos sentir a violação dessa confiança, diante de que recuamos, um dilema que nos coloca em um meio termo entre “o tédio e o medo” com relação ao grupo (UNGER, 1998b, p. 129). Duas ordens de necessidades estão aí envolvidas: a de se autoafirmar por meio do envolvimento com os outros e de evitar que esse envolvimento implique dependência e despersonalização (UNGER, 1998b, 128). Assim, a existência de regras como parâmetro de confiança vai muito além da mera constatação de sua existência; exige um exame preciso das paixões em jogo e do reconhecimento de sua volatilidade, das interferências da luxúria na dimensão da confiança (UNGER, 1998b, p. 130-133) e assim por diante.

¹¹³ Relativa porque o conteúdo das regras variará de acordo com a sua amplitude semântica e teleológica. Quanto mais ampla, maior a possibilidade de que a regra se adeque às contingências variantes da realidade. No entanto, quanto mais genérico o comando, menor a confiabilidade e previsibilidade do resultado de sua interpretação (SCHAUER, 1991, p. 144).

¹¹⁴ Inclusive quanto à relação entre a própria confiabilidade (como valor) e o eventual cenário em que decisões tomadas em função de regras venham a ser subótimas. Não é possível, portanto, universalizar o argumento de que decisões sobre regras serão sempre vantajosas: “*the psychological and tangible value of justified reliance for the expected array of reliers must be weighed against the expected costs of suboptimal decisions for those affected by them. Because the product of this calculation will vary with the nature of the decision-making domain, the identity of the decision-makers, the type of decisions expected to be made, and the interests of those affected by the decisions, it is no surprise that the force of the argument from reliance is in the final analysis highly context-dependent*” (SCHAUER, 1991, p. 142).

The law provides a constancy peculiar to it alone. This is due to the function law has in society of stabilising expectations, of controlling normativity, of guaranteeing that its expectations will not be discredited if disappointed, that Alter is bound by the legal norm and will bear the consequences if she defies it. (...) *it allows people to encounter each other as role-players, here, as legal actors* (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 386, grifos do autor)

À confiança no direito (se o direito é muito rígido ou, por outro lado, muito flexível) equivale, em maior grau, a confiança nas instituições. Esta pode ser enxergada de maneira dual, num sentido inflacionário ou deflacionário (AMATO, 2017, p. 216) da confiança nos “meios simbólicos” que informam instituições. Conforme Amato, no caso do direito, a inflação relaciona-se com o aumento das expectativas relativas às normas jurídicas, como de sua operacionalização pelos meios e órgãos próprios, enquanto a deflação implica a posteridade, o “‘dia seguinte’ da grande fé nos direitos” e seus mecanismos (AMATO, 2017, p. 216).

Não se trata, aqui – e portanto se ressalta desde já –, de uma argumentação elogiosa à segurança jurídica, à aptidão do direito em se fazer previsível. Há extensa literatura e tradição teórica dedicada ao debate, em especial a atinente à falibilidade dessa pretensão formalista de segurança – as disputas entre as frentes do positivismo e teorias de oposição relativamente à completude/abertura dos sistemas de direito; as reflexões no campo da filosofia da linguagem aplicada ao direito e a fluidez dos signos em geral, e jurídicos em específico, sob o prisma da semântica; ou mesmo as vertentes da crítica jurídica em sentido amplo, como as específicas da semiótica, da psicanálise etc., e a lista iria adiante. Esse não é o objeto em questão. Pontua-se, apenas, como premissa funcional sobre o direito – que é notória, inegável –, que ele precisa se fazer, na medida do possível, previsível, pois “*stability may be unimpeachable in the abstract – individuals and societies all need at least some fixed moorings*” (SCHAUER, 1991, p. 157).

A previsibilidade liga-se à concepção de *rule of law*, que significa a imposição, por meio de regras, de limites aos *powerholders* (UNGER, 1996, p. 63), mesmo, diz Unger, que estas regras sejam criadas e aplicadas por esses mesmos detentores de poder. A condição para a limitação do poder está em que essas regras sejam interpretadas e aplicadas publicamente. Com isso, quer-se preservar a segurança de todos os seus destinatários, entendida como uma compreensão geral de que o direito estabelecido é aquele que molda as relações, direitos e deveres disponíveis (UNGER, 1996, p. 63).

Dessa forma, a questão que se impõe é como a *structure-revising structure* de Unger resolve o paradoxo entre alto grau de revisibilidade e a manutenção da função de contenção do

poder e de ordenação social previsível do direito, já que “o exercício do experimentalismo exige a revisão do conceito do império do direito. Ao continuar comprometido com o tudo ou nada das regras gerais, esse conceito bane do direito o experimentalismo” (UNGER, 2018, p. 96). Mas mesmo o autor reconhece que nem toda estrutura institucional abriga com facilidade um princípio de auto-revisão permanente¹¹⁵.

Dito de outro modo, pergunta-se como o direito se fará previsível sob alta revisibilidade. Porque um direito legislado que se faça suficientemente flexível para ser reformulado na mesma frequência da ordem da vida não só suscita dúvidas sobre o viés político e caminho que tomará, mas também parece tornar nebuloso o próprio sentido da juridicidade e de sua função social. A esse respeito, António Manuel Hespanha adverte que

O impulso para uma doutrina e para uma jurisprudência liberada dos constrangimentos da lei pode, assim, funcionar como uma espada de dois gumes, um promovendo um direito ainda mais emancipador, ou, em contrapartida, um direito vinculado a valores mais conservadores do que os do direito maioritário (HESPANHA, 2012, p. 21)

A função social do direito foi enfatizada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 254) para ressaltar a importância da dogmática enquanto instrumento de tomada de decisão voltado à neutralização de conflitos políticos, econômicos, sociais etc¹¹⁶. Ferraz Jr. não deixa de reconhecer que há, na função social do dogma jurídico, um preço a ser pago: o distanciamento entre direito e realidade, problema estudado, por exemplo, pelas teorias culturalistas¹¹⁷. Entende-se porém que os culturalistas ainda estavam presos a uma leitura normativista em seu sentido pejorativo (BORGES, 2014, 70; COELHO, 2003, p. 4-5; CLÈVE, 1988, p. 43).

A juridicidade é uma das formas de expressão dos arranjos institucionais básicos da vida, as rotinas econômicas e a atividade governamental. Esses arranjos, todavia, estão permeados por conflitos (UNGER, 2015, p. 102). O ponto é que, de acordo com Unger, a tradição jurídica negou-se, até aqui, a dar voz aos possíveis planos alternativos de vida, evidentes que ficam na conflituosidade do próprio direito. Somente o estabelecimento de estruturas em si mesmas

¹¹⁵ “There are limits to the extent to which any particular set of institutional arrangements can embody a principle of permanent self-revision (...). No constitutional system can be perfectly elastic in relation to all possible instances of collective life” (UNGER, 1997, p. 321).

¹¹⁶ Nesse sentido, ver: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.

¹¹⁷ Como a teoria tridimensional de Miguel Reale, o Raciocionalismo de Ortega y Gasset e Recasens Siches e o Egologismo de Carlos Cossio.

revisáveis, estimuladoras de sua correção frequente, garantirá o afastamento dos grandes modelos estruturais (*blueprints*) atemporais e utópicos (UNGER, 2015, p. 113).

A reorganização dos modelos dominantes de governo, por sua vez, deve “estabelecer uma ponderação aproximada entre o alcance transformativo dos projetos políticos e a severidade dos obstáculos constitucionais à sua execução”¹¹⁸ (UNGER, 2015, p. 114; trad. livre). Isso significa fazer florescer a transformatividade política – um problema reconhecido por Unger – sem se sacrificarem as amarras ao poder estatal¹¹⁹.

Ao pensar em estruturas institucionais sensíveis à correção, experimentais, Unger não tem em mira a completude do resultado desse experimento. O resultado volta a ser corrigido no curso de sua execução (UNGER, 2015, p. 170 e p. 181). É como aponta Škof (2015, p. 718): todo processo de criação do novo, sob um ponto de vista pragmático, é gradual e experimental. A exigência é que o processo de revisão seja submetido a etapas. Não há uma substituição holística e imediata de toda a estrutura. Almeja-se o meio termo entre estagnação e revolução, entre ordinário e extraordinário (TEIXEIRA, CHAVES, 2011, p. 95), permitindo-se à sociedade e ao indivíduo que se engajem na construção de seu mundo sem se render a ele (UNGER, 2015, p. 182), que se torne um agente transcendente¹²⁰ ao contexto (UNGER, 2015, p. 195).

David M. Trubek (2009, p. 20), em sua proposta de um *new developmental state*, também traz preocupações sobre arranjos institucionais que conjuguem flexibilidade e estabilidade, a partir do experimentalismo de instituições facilmente revisáveis em nível procedimental e substantivo, com vistas à facilitação para caminhos alternativos. Trubek, a propósito, entende ser característico de posturas neoliberais¹²¹ o interesse em um direito (sobretudo o mercantil)

¹¹⁸ No original: “*They may establish a rough equivalence between the transformative reach of a political project and the severity of the constitutional obstacles to its execution*”.

¹¹⁹ Como se verá, algumas estratégias para essa transformabilidade livre de sacrifícios podem ser pensadas a partir da multiplicação das ramificações do governo, facilitando-se o *accountability* popular, ou se condicionando a critérios de prioridade (entre os ramos) a solução dos conflitos que possam surgir entre essas novas estruturas governamentais. Em última instância, pode se pensar na devolução desses conflitos para decisão popular imediata (UNGER, 2015, p. 115).

¹²⁰ O sujeito ou, mais precisamente, a subjetividade em Unger é assumida como se não pudesse ser aprisionada pelo contexto (TEIXEIRA, 2009, p. 14 e p. 39), por isso ele fala em um agente que transcende o seu lugar, porque há mais em si do que se pensa haver: “*we are them, and we are more than them. There is always more in us than there is in them*” (UNGER, 1996, p. 5), os indivíduos são inesgotáveis (UNGER, 1996, p. 6). É a tese central de *The Self Awakened*, a noção de “*infinity of the human spirit, in the individual as well as in humanity*” (UNGER, 2007, p. 26). Essa noção de subjetividade em muito se assemelha à construída por Emmanuel Lévinas (1988), que também atribui à subjetividade uma característica de transcendência, de infinitude; neste autor, a subjetividade abriga o infinito, é seu modo de ser (CINTRA, 2002, p. 116).

¹²¹ De acordo com Unger (1996, p. 9), o neoliberalismo conjuga as seguintes características: “*is the program of macroeconomic stabilization without damage to the internal and external creditors of the state; of liberalization,*

previsível, ou seja, em que não haja fácil revisibilidade das instituições jurídicas: “*neo-liberalism even flirted with the idea of rehabilitating legal formalism as a way to ensure legal certainty, predictability, and stability*” (TRUBEK, 2009, p. 20). Conforme o autor, no entanto, juristas devem focar em garantir que os arranjos institucionais se façam confiáveis do ponto de vista estritamente privado ou econômico.

Isso traz à tona diversos dilemas para os quais Trubek afirma não ter respostas, e que permanecem como tais para teoria do direito sob o ponto de vista da função e natureza do jurídico. O autor não ignora que arranjos institucionais flexíveis ou de fácil revisibilidade possam favorecer alguns grupos em detrimento de outros. Isto é, não faltam impasses sobre como, por exemplo, manter transparência nas parcerias público-privadas sob imperativos de cooperação-competição¹²²; sobre como garantir que os investimentos públicos coincidirão efetivamente com objetivos nacionais (e não egoístas e faccionais); ainda, sobre como assegurar que os institutos jurídicos informadores desse experimentalismo se voltarão à redução de desigualdades e demais objetivos de justiça social:

How can we provide flexibility and allow a high degree of regulatory specificity without raising a series of concerns on the part of the private sector? How can we ensure that

understood both more narrowly as acceptance of foreign competition and integration into the world trading system and more generally as the reproduction of traditional Western contract and property law; of privatization, meaning the withdrawal of the state from production and its devotion, instead, to social responsibilities; and of the development of social safety-nets designed to compensate, retrospectively, for the unequalizing and destabilizing effects of market activity”.

¹²² Zanatta (2014) procurou demonstrar empiricamente como, na prática, pode se manifestar o experimentalismo institucional sob o manto da revisibilidade num cenário de cooperação entre agentes públicos e privados. Embora não pareça, a princípio, afastar o paradoxo entre estabilidade e revisibilidade, sobretudo se levadas em consideração questões jurídico-substantivas de maior sensibilidade, como os valores maiores constitucionalmente protegidos, a pesquisa oferece dados esclarecedores. O autor explora noções de aprendizado institucional e realizou um estudo empírico sobre políticas públicas de capital semente no âmbito do BNDES (em específico a experiência do Fundo Criatec e suas variações passadas), voltadas a investimentos em empresas emergentes. Trata-se de exemplo escolhido por Zanatta para ilustrar o experimentalismo institucional. A amostra indica a possibilidade embrionária de cooperação entre o setor público e privado, bem como uma atuação normativa experimentalista por parte dos atores envolvidos, em que os arranjos institucionais em questão puderam, em certa medida, ser revisados de acordo com as necessidades emergentes – numa “sinergia público-privada”, diz o autor, embora com baixa participação de alguns dos agentes privados, como os regionais, e baixo nível de garantia, pelo direito, de *accountability* dos critérios utilizados pelo BNDES para alocação de recursos. Zanatta observa, ainda, que “a análise dos textos de Roberto Mangabeira Unger, especialmente as propostas de superação do dualismo entre ‘vanguardas’ e ‘retaguardas’ contidas em *False Necessity* (1987) e *Democracy Realized* (1998), mostrou que o grau de experimentalismo democrático nas políticas de capital de risco do BNDES é baixo. Não há um modelo descentralizado de ‘fundos rotativos de capital de risco’ sujeitos ao controle democrático. Tampouco houve inovação na linguagem dos direitos, criando ‘direitos de mercado’ (direito ao recebimento do investimento de capital de risco mediante determinados critérios prévios) ou novos ‘direitos de propriedade’ (copropriedade público-privada e outras inovações). As ideias de Unger, portanto, estão distantes da realidade institucional brasileira e internacional. É uma questão em aberto definir se essas ideias de Unger são utópicas ou possíveis” (2014, p. 171).

private investment is protected while allowing for rapid revision of the rules? How can we avoid fears that the discretion which is needed for flexibility will be exploited by rent-seeking officials? How can we reduce the risk that specialized regulatory regimes will be crafted solely to benefit the industry rather than the nation's strategic priorities? How can we have systems of industry-specific rules that are easily revised without bypassing normal parliamentary procedures and safeguards? (TRUBEK, 2009, p. 20)

Algumas possíveis saídas são pinceladas por Trubek, como um sistema híbrido que conjugasse aspectos legais rígidos (*hard and legally binding aspects*) com normas e parâmetros mais flexíveis, aliados à alta revisibilidade dependente, em grau de obrigatoriedade – uma proposta bastante parecida com a de Mangabeira Unger, como se mostrará adiante –, de participação, transparência e consentimento amplos (TRUBEK, 2009, p. 22). De qualquer modo, essas questões permanecem em aberto para o autor.

Emilios Christodoulidis (1996, p. 378), inspirado em Talcott Parsons e Niklas Luhmann, rejeita a possibilidade de revisibilidade aos moldes sugeridos por Mangabeira Unger. Isso se opõe à própria ideia de instituição, aduz aquele autor. Em sua visão, a proposta ungeriana não escapa a um dilema: ao conceber o direito politicamente (*“undertake law as politics”*), Unger põe em risco a função ou utilidade do direito enquanto instituição. Assim entendido, haveria limites à imaginação institucional no espaço do direito enquanto sistema – portanto, Christodoulidis não abandona a ideia de sistema, ainda que reconheça o fato de que Unger rejeita a sistematicidade (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 395).

O direito, se pensado morfológicamente sob uma perspectiva sistêmica, possui dimensões estruturais e semânticas. Sua estrutura interna é então composta por instituições, cuja dimensão semântica garante o diálogo com outros sistemas e suas respectivas linguagens (AMATO, 2018a, p. 45). Conforme Christodoulidis, no entanto, o direito se imuniza contra a transformação, tende à estabilidade, embora não abdique de sua evolutividade. Em verdade, precisa evoluir, e justamente a sua continuidade é garantida pela imunização contra mudanças. Isto, por sua vez, é permitido em razão da sua capacidade para traduzir de acordo com a sua própria lógica as forças e tentativas exteriores de mudança. Ou seja, os mecanismos e significados de sua estrutura conformam o que vem de fora de acordo com os códigos do direito (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 379).

Significa dizer que o direito absorve o que lhe é externo decodificando essas informações de acordo com a sua linguagem (AMATO, 2017, p. 214). Isso se dá sobretudo semanticamente, em termos de reflexividade, que ditam a abertura do direito àquilo que o circunda – neste caso,

outras dimensões de significado. Na opinião de Lucas Fucci Amato (2017, p. 218), a Constituição exemplifica bem esse fenômeno por meio da lógica dos princípios enquanto filtros, poros, por meio dos quais ela passa a abrigar novos sentidos a partir do que vem de fora, de maneira reflexiva.

De acordo com Christodoulidis, o direito absorve forças que lhe são externas traduzindo-as de acordo com a sua lógica explicativa e binária de legalidade, reduzindo – tal como proposto por Schauer (1991) – a complexidade dos fenômenos (concentrando-os em si de maneira redutiva) à sua volta com a finalidade de manutenção da sua operabilidade. Seu universo significativo contém signos específicos (empregador e empregado, credor e devedor etc.) que condicionam ou limitam sua receptividade aos sentidos exteriores e, conseqüentemente, conformam a medida e ritmo de sua mutabilidade. Este é o sintoma de sua inércia (que Christodoulidis biparte em simples e estrutural¹²³), cujo efeito para possíveis alternativas é que a “imaginação institucional é sempre a imaginação de algo já reduzido”¹²⁴ (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 382-384; trad. livre).

Para exemplificar as proposições relativas à imunidade do direito contra mudanças, Christodoulidis parte do paradoxo que entende haver entre a ideia de solidariedade (nos *direitos de solidariedade* de Unger¹²⁵) e o papel do direito enquanto instituição. A solidariedade – afirma o autor – pressupõe uma espécie de entrega, de sacrifício pessoal e espontaneidade. Por esse motivo, ela não se relaciona de maneira harmoniosa com as características do direito, pois este é artificial, conflitivo e impositivo (atua por meio de sanções): “*either the right is enforced, in which case it is not the expression of solidarity, or it is in solidarity, therefore never to be enforced and therefore not a right*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 380).

De acordo com Christodoulidis, esse paradoxo não é eliminado no pensamento de Unger porque ele recorre de maneira oscilante a justificações jurídicas e meta-jurídicas para a questão

¹²³ As inércias simples e estrutural são conceitos relacionados à mutabilidade do direito, concebido como um sistema tendente à auto-imunização e de complexidade deficitária. Ambas as inércias variam apenas em grau. O sistema jurídico, afirma Christodoulidis, condiciona sua mudança e, dessa forma, evolui à medida em que satisfaz ou desaponta as expectativas de seus destinatários. Esse fator impede sua estagnação, mas sua estagnação é sempre a tendência, porque, embora absorva as informações exteriores, tal absorção – e aí está a inércia simples – é condicionada às categorias que já possui: “*it requires a ‘special effort’ to shake the redundancy of the system*”. A inércia simples pode ser resolvida pela teoria desviacionista ungeriana, diz aquele autor, mas não pode lidar com a inércia estrutural. Isto porque a tentativa de mudança gradativa por meio dos contrapontos e outras variações no direito tenderão a ser absorvidas pelos sentidos (*known grounds*) já previstos nele (se quiserem surtir efeito) (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 387).

¹²⁴ No original: “*institutional imagination is always the imagination of something already reduced*”.

¹²⁵ Ver item 4.2.2.

da solidariedade, o que gera paradoxos talvez mais profundos (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 381). A linguagem ou dimensão significativa legal que informa a conduta dos sujeitos, permitindo que saibam eles quais as consequências legais para suas ações, na percepção de Christodoulidis, fica comprometida na teoria de Unger. Ao pretender – como no caso dos direitos de solidariedade – que ocorra, no momento de aplicação de certos direitos, a definição complementar dos sentidos previamente institucionalizados ou reduzidos, enfatiza-se a indeterminação da instituição e, por esse motivo, reforça-se a incomunicabilidade entre os atores (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 387) que adotam instituições como coordenadas de suas ações.

O conteúdo programático dos direitos de solidariedade de Unger – considerada a sua definição adicional no momento aplicação – exemplificam, na perspectiva de Christodoulidis, o problema da indeterminação e consequente afetação do objetivo coordenador. Escapam à condição institucional do direito enquanto parâmetro comportamental, consequencial, temporal, identitário etc., sob utilidade pragmática, porque eles – os direitos de solidariedade – condicionam o seu exercício a critérios não institucionalizados, não obstante o fato de ser, a solidariedade, irreduzível ao direito (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 391-392).

Ampliando-se a hipótese, a própria função institucional impediria que as *structure-defying structures* pudessem ser concebidas, já que elas representam a contraface da possibilidade de comunicabilidade pelos sentidos institucionalizados. Assim, Christodoulidis advoga que “*Unger’s ‘pre-legal’ social relationship is incommunicable except from the legal point of view*”, e que “*eroding institutionalization itself and defying the system’s constitutive reductions, his theory ceases to be a theory of law, by giving up what is distinctive of law*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 393).

Aos argumentos, oferecidos pela teoria ungeriana, de que a reforma seria fragmentária e compensatória (desestabilizando parte do conteúdo institucionalizado, mas reforçando outras), Christodoulidis opõe objeção de inviabilidade: as revisões só se sustentam se respeitarem a integridade do que já está institucionalizado – nesse aspecto, o argumento deste autor assemelha-se ao de Dworkin¹²⁶. Os desafios, resistências e incongruências opostos aos já institucionalizados só têm sentido e eficácia a partir da sua própria dimensão significativa¹²⁷ – na melhor das

¹²⁶ Ver nota de rodapé nº 55.

¹²⁷ “*The contextual reduction of possible states is constitutive of the meaning of an incongruity. Were it not, what appears incongruous would not even register as such*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 395).

hipóteses, operam uma revisão apenas sistêmica antes que responsiva ao contexto (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 394-395).

Desse modo, a inércia sistêmica pode ser combatida apenas superficialmente (no nível da inércia simples¹²⁸), mas não estruturalmente. A transformatividade do sistema, como da doutrina, é possível: “*transformative conflict can be harboured in law*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 396). Mas, entende Christodoulidis, trata-se de transformatividade mitigada, refém, frise-se, dos sentidos (conceitos e premissas) fixados na instituição, mesmo que estes guardem algum grau de indeterminação. São indeterminações fixadas. O preço da afirmação combativa de equivalência entre política e o direito – prossegue o autor – é, simultaneamente, a depreciação do potencial emancipatório da política e a inobservância dos limites à imaginação institucional no direito (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 397).

Dessa maneira, a questão que se coloca é: a saída para esses dilemas seria, então, uma vez satisfeitas as exigências democrático-experimentalistas de engajamento popular direto na definição e redefinição dos valores e sentidos jurídicos, a concepção de um sistema de direitos composto por um conjunto de estímulos e desestímulos de baixo conteúdo axiológico? Aduzir a alta revisibilidade de instituições jurídicas soa menos alarmante se se trata de uma regra ou conjunto de regras cujo objeto regulado seja algo inerentemente dinâmico (como reformas tributárias frequentes, poder-se-ia dizer) e cujo conteúdo fosse menos caro do ponto de vista valorativo. Talvez o mesmo não pudesse ser dito sobre os compromissos constitucionais, pensados no sentido empregado por Jon Elster (2000) de amarras substantivas contra a impulsividade (os *constitutional precommitments*), sob o reconhecimento de que os desejos dos que estão no poder nem sempre coincidirá com os do povo (SUNSTEIN, 1991, p. 642). Nesta última hipótese, caberia o argumento de que a revisibilidade não atinge tudo – e então é preciso delimitar o seu alcance. A delimitação desse alcance resta menos nebulosa se entendida a partir da realização das premissas democráticas do experimentalismo. Se há alta participatividade social na produção dos sentidos jurídicos prevalecentes, “oficiais”, diga-se, então a desconfiança em relação aos rumos no contexto da revisibilidade deixa de ser uma fatalidade¹²⁹.

No que diz respeito à abertura para a revisão, aponta Amato, o constitucionalismo – na percepção do autor – contemporâneo, de maneira contraditória, “idolatra as formas institucionais

¹²⁸ Ver nota de rodapé nº 124.

¹²⁹ As razões e instrumentos propostos por Unger para essas indagações serão exploradas no capítulo seguinte.

definidas por liberais clássicos no século XIX, mas renega sua transitoriedade em nome da estabilidade”¹³⁰ (AMATO, 2018a, p. 276). Quanto à estabilidade entre normas infraconstitucionais e constitucionais, na leitura feita pelo autor, os interesses implícitos nas primeiras são mais aptos à revisão¹³¹ – embora os interesses tanto nas primeiras quanto nas últimas normas, via de regra, venham a coincidir com aqueles de grupos que possuem alguma forma de poder (AMATO, 2018a, p. 278).

Enclausurar valores constitucionalmente dá, conforme Amato, apenas a ilusão de protetividade num sentido democrático (de proteção das minorias contra majorias). Institucionalmente, entrincheirá-los surtirá apenas o efeito de transferir para as cortes o papel revisional, além de que, em último grau, é preciso verificar se esses valores “supratemporalizados”, eternizados, não coincidem justamente com minorias politicamente ou economicamente poderosas (AMATO, 2018a, p. 279). E qual a implicação do entrincheiramento constitucional (a colocação de arranjos jurídicos pouco revisáveis) para a teoria de Unger? Precisamente a limitação à transcendência. Se as instituições – e portanto a Constituição – são a interrupção da batalha por valores, seu entrincheiramento pode ser a vitória dos fortes sobre os fracos (AMATO, 2018a, p. 280). Pois estas (aí compreendido o direito e seus componentes) são instrumentos voltados à preservação do passado por meio da elaboração de categorias e apelo a generalizações. Assim, são essencialmente conservadoras¹³², ainda que, como dirá Schauer, “*a conservatism committed to the view that changes from the past are more likely to be for the worse than for the better*” (SCHAUER, p. 1991, 174).

Naturalmente, a estabilidade formal do direito não se confunde com estabilidade política e psicológica, porque entrincheirar o *status quo* tende a gerar pressões para a sua mudança¹³³ (SCHAUER, 1991, p. 156). A esse propósito, instabilidades políticas podem justamente significar a reação à estabilidade formal do direito (*systemic stability*). Então a estabilidade

¹³⁰ E o autor prossegue: “contrastando com o entendimento razoavelmente difundido nos tempos revolucionários do iluminismo (em Kant e Jefferson, por exemplo) de que as constituições deveriam ser mudadas a cada geração”.

¹³¹ E nesse sentido o entrincheiramento desses valores e interesses, nas constituições, poderá se apresentar como limites materiais à sua modificação; o desintrincheiramento, a seu turno, como modificação por emendas e, não sendo este o caso, como proposto por Kelsen, dar-se-á pelas vias interpretativas (AMATO, 2018, p. 278).

¹³² A tese, naturalmente, não é unânime, haja vista as posições do realismo jurídico (SCHAUER, 1991, p. 191-194), sobretudo a de que as regras não teriam aptidão para constringer o juiz a tomar uma decisão específica em alguns casos (como aqueles não claramente regulados pelo direito, para os quais este ofereceria respostas contrastantes e igualmente válidas; ou hipóteses de regras pouco claras em seu conteúdo).

¹³³ Nas palavras de Schauer: “*for entrenchment of the status quo often creates pressures for radical change that might otherwise be accommodated*”.

formal é uma das causas de dificuldade (o entrenchamento de que fala Unger) da remodelação do *status quo*; é exatamente diante desse elemento, e contra ele, que o experimentalismo se impõe. Em última instância, eventual posição defensora da estabilidade do direito, em detrimento ou não da estabilidade social, a rigor, aponta para um conflito de ordem axiológica (SCHAUER, 1991, p. 157) – isto é, à questão sobre se a estabilidade é, enfim, boa ou ruim. Portanto, pensar-se em estabilidade é aferir se o conteúdo estabilizado guarda, em seu sentido político, determinados valores; é também avaliar substantivamente onde se está e onde se quer chegar politicamente. E mesmo fora de seu sentido político, “*rule-based decision-making is necessarily, logically, and unavoidably conservative*” (SCHAUER, 1991, p. 157).

Dito isso, é preciso indicar quais são as respostas que Roberto Mangabeira Unger dá para esses dilemas. As propostas do autor transcendem o direito, já que este para o experimentalismo tem um papel instrumental – em relação ao protagonismo da política, neste caso. A transcendência está em que se esquivar do paradoxo da estabilidade-revisibilidade requer uma solução democrática (a implicar o redesenho das formas de exercício do poder governamental, a democratização do mercado etc.), estratégias institucionais e a compreensão das potencialidades humanas.

4. ESTRATÉGIAS: JUSTIFICATIVAS METAJURÍDICAS E INSTRUMENTOS JURÍDICO-POLÍTICOS CONTRA O PARADOXO

O problema da indefinição institucional relativa (como produto da eficácia do programa experimentalista) convida algumas reflexões que se conectam ao que Unger (1998a, p. 236) coloca como o conjunto de apostas (*gambles*) ou riscos ligados ao experimentalismo, os quais, portanto, constituem desafios a serem enfrentados. A primeira dessas apostas remete ao dilema explorado no tópico anterior: lidar com a situação posterior à desestabilização das hierarquias e papéis sociais institucionalmente fixados, enfrentar a condição subsequente da falta de estabilidade política e social: “*divisions of opinion and temperament may occupy some of the space left vacant by the diminishing force of rigid classes and communities*” (UNGER, 1998a, p. 236).

Esse primeiro risco está em que o experimentalismo implica o afrouxamento dos referenciais institucionais estabelecidos que balizam as hierarquias, papéis sociais e respectivas práticas¹³⁴. Pois o programa experimentalista instala uma espécie de conversação contínua sobre os interesses em jogo e como eles devem ser articulados (UNGER, 1998a, p. 238-239; UNGER, 1997, p. 432) e reescritos. Trata-se, então, de um risco de instabilidade produzido pela expectativa de diminuição dos efeitos hereditários dos grupos, famílias e demais forças exteriores ao indivíduo e que sobre ele exercem influência.

Na percepção de Unger, visualizar a instabilidade como problema, em verdade, remete a questões morais maiores que se vinculam à sua agenda teórica. Significa que a expectativa de instabilidade aponta não para um dilema político ou social, mas para outro mais profundo ou personalíssimo, sobre a condição humana e o desejo por vínculos e sensação de pertença, que são, em último grau, influências remanescentes de tradições religiosas (UNGER, 1998a, p. 240).

Mas há, ainda, outros dois riscos (ou apostas) atinentes ao experimentalismo. O segundo desses riscos diz respeito à (in)existência de agentes políticos com capacidade de coordenação, dos quais uma democracia experimentalista instalada dependeria (UNGER, 1998a, p. 236). Tal agente seria o responsável pelas políticas inclusivas encarregadas de diminuir a distância entre a

¹³⁴ Nas palavras do autor: “*the institutions of the empowered democracy weaken the fixity of special social roles, or stations in the social division of labor, and restrain the allegiances that attach people to these fixed places*” (UNGER, 1997, p. 386).

macropolítica institucional e a micropolítica das relações. Esse agente não existe, e sua inexistência implica uma aposta calculada (UNGER, 1998a, p. 241). Inexiste exatamente porque a concepção ungeriana de política prescinde dos imperativos de necessidade (*antinecessarian beliefs*) entre a superação dialética das etapas institucionais históricas e seu respectivo – e também necessário – agente político (UNGER, 1998a, p. 244), como é o proletariado no sistema explicativo marxiano.

A falta desse agente político coordenador das mudanças (macro e micropolíticas) torna necessário o apelo a formas menos adequadas, porém disponíveis, de coordenação, como os partidos políticos e sua relação com determinados grupos de opinião¹³⁵ da sociedade civil (UNGER, 1998a, p. 245-246), cuja densidade organizacional dependerá em maior grau de fatores que estão fora do alcance da regulação legal. Depende de atributos relacionais anteriores a esta regulação e característicos da sociedade civil em que se pretendem as mudanças – isto é, depende de atributos culturais.

Outro dos riscos que emergem da proposta experimentalista diz respeito à relação entre este programa e um ideal de personalidade (UNGER, 1998a, p. 236). Há um conflito entre as necessidades pessoais e as demandas da democracia, e esse conflito, em última instância, aponta para questionamentos relativos à personalidade humana. Mais precisamente, ligam-se à impossibilidade em se prever, com precisão, qual seria a resultante da soma entre a condição humana momentânea (pois o que somos agora talvez seja a única definição relativamente segura

¹³⁵ As *parties of opinion* (UNGER, 1997, p. 289 e p. 322-323) ou *movements of opinion* (UNGER, 1998a, p. 245) seriam o que, por exemplo, foram os movimentos feministas do final do século XX, diz o autor. Com tal ideia, Unger intenta categorizar, em suas palavras: “*The normal experience of politics (both in the narrower sense of conflict over the mastery and uses of governmental power and in the broader sense of struggle over the remaking of society) must more fully embody the dissolution of classes and communities into parties of opinion. (...) dissolution of social classes into parties of opinion must be achieved without the Hobbesian search for preemptive security. For the dissolution that is sought results from the adoption of particular institutional arrangements rather than from a violent anarchy, and these arrangements ensure the vital security of the individual*” (UNGER, 1997, p. 289). Os movimentos de opinião teriam um papel organizacional e decisional importante no fluxo da política sob os efeitos da democracia empoderada de que o autor trata. A dissolução das classes em grupos de opinião, afirma o autor, rompe com o império das necessidades falsas (UNGER, 1997, p. 323) e, de certo modo, não significa uma proposta inédita: “*To some extent, this dissolution has already taken place: it is always reemerging through history, and the liberal-democratic polities of the present day have carried it to an unprecedented point. The classical liberals who have betrayed their early radical vocation claim society has already reached this condition*” (UNGER, 1997, p. 323). As *parties of opinion* são, numa ótica a respeito das hierarquias sociais e sob o critério do (des)entrenchment (imunização à revisão) dos contextos formadores e das instituições, o contraponto ao que seriam os sistemas sociais de castas: “*Thus, we can relate the spectrum of entrenchment to very distinct styles of social ranking. Hereditary castes or corporately organized estates, for example, occur in societies whose formative contexts are relatively entrenched. At the opposite extreme of disentanglement, society would be divided only by freely formed parties of opinion whose membership bore no relation to any antecedent structure of social divisions or hierarchies. Somewhere toward the middle of this spectrum stand contemporary class societies (...)*” (UNGER, p. 1997, p. 76).

de um ponto de vista epistemológico¹³⁶) e os arranjos institucionais disponíveis e a serem criados como experimentos (UNGER, 1998a, p. 246). O porquê dessa impossibilidade está em que arranjos institucionais não são moralmente neutros (a abertura à revisibilidade não significa neutralidade axiológica). Cada um dos experimentos institucionais terá impacto no conjunto das experiências pessoais. Por isso é imprescindível o estímulo ao engajamento político popular no ato de refazimento das instituições, para que os valores nelas albergados não anulem a possibilidade de sua mudança (UNGER, 1998a, p. 247).

Unger apresenta alguns remédios contra este último risco: (i) uma proposta de multiplicidade das esferas de poder social e político – a estratégia do pluralismo contra a inibição da transformatividade política centralizadora; (ii) um conjunto de direitos fundamentais, sobretudo políticos (*rights to political participation, defiance and dissent*), imunes à mutabilidade da “*agenda of short-term politics*” e, ao mesmo tempo, não necessariamente definitivos¹³⁷ nem ligados a certo regime de propriedade; (iii) um conjunto de instituições especificamente voltado ao engajamento cidadão vigilante (UNGER, 1998a, p. 248). Esses remédios eliminam o contraste entre o público e privado, privilegiando-se o social como categoria intermediária¹³⁸. Ainda, não se suprimem interesses individuais, pois suprimi-los politicamente, na leitura do autor, é irrealista e ineficaz sob a ótica da psicologia humana:

The suppression of private concern will not occur, nor should it. The majority of people will be alternately bored and repelled by the meeting-mania and by the self-promoting activists who thrive on it. They will withdraw all the more into their own lives. Their withdrawal will enable those who govern to act with fewer restraints. It is therefore crucial to develop the economic and political institutions of democratic experimentalism in ways limiting their hunger for human energy and respecting the force and authority of private concerns. The assurance of social endowment, the empowering mission of the school, the survival of forms of property giving broad discretion to the individual, should all contribute to this end. So should the multiplication of political and economic

¹³⁶ Unger se pergunta: “*But what kind of reality is our nature? We know ourselves only as what we are like now, formed by the history of our societies and our cultures*” (UNGER, 2014, p. 347). Ainda assim, a distinção entre o que somos e o que devemos ser – entre ser e dever ser –, tomada seriamente a questão, torna nebulosa e duvidosa a distinção: “*The effort rigidly to distinguish the is from the ought makes sense in the setting of local arguments about what to do or not to do in a certain circumstance, at a particular time. However, this distinction begins to break down as we approach the horizon of comprehensive views about our situation in the world and about how best to respond to it*” (UNGER, 2014, p. 345).

¹³⁷ A ressalva de Unger é de que esses direitos, embora possam se enfraquecer por não serem totalmente definitivos, poderiam, por outro lado, fortalecer-se sob o ponto de vista das inovações práticas, além de que não permitiriam a construção de novas condições de subjugação econômica com efeitos políticos.

¹³⁸ Nas palavras do autor: “*The aim is rather to broaden the scope of our ordinary interests, weakening the contrast between the private and the public by strengthening the intermediate category of the social*” (UNGER, 1998a, p. 248).

fora in which people can address the ordinary problems of daily life (UNGER, 1998a, p. 248)

A realização dessa individualidade depende do florescimento da vitalidade enquanto característica humana, cuja possibilidade – maior ou menor – de realização está na existência de instituições que não a suprimam. Individualidade, frise-se, que não se confunde com a sua versão autodestrutiva (narcisista), mas unicamente com individualidade eficiente, entendida como a que se permite apenas em comunhão com os outros na busca dos objetivos comuns (UNGER, 1998a, p. 250).

Então a reflexão específica sobre a revisibilidade institucional e seu efeito para a própria noção e finalidade das instituições, bem como a reflexão geral sobre as condições de possibilidade do experimentalismo democrático, tocam nos atributos da personalidade humana e exigem, ao menos, a definição de alguns de seus aspectos, com vistas à operacionalidade, antes, do conceito ungeriano maior (o experimentalismo e seus desmembramentos) e, posteriormente, do programa (de governo, de direito, de economia). E Unger oferece alguns esclarecimentos nesse sentido.

4.1 Argumentos metajurídicos: condição humana e respectivos imperativos filosóficos sob o ideal de revisibilidade

Unger dedicou extensiva parcela de sua produção intelectual à reflexão sobre a natureza ou identidade ou condição humana. Considerações nesse sentido encontram-se diluídas ao longo de todo o seu trabalho e, de modo mais concentrado, em *Paixão* (1998b) e *The Self Awakened* (2007). O sentido desta observação está na ressalva de que o presente tópico não pretende dissecar todos os elementos que o autor define como característicos ao indivíduo e à sociedade. Importa, aqui, resgatar algumas concepções chave que coadunam com a preocupação apresentada nos itens anteriores: qual, em primeiro lugar, é a relação entre a natureza humana e as instituições facilmente revisáveis do experimentalismo e, em segundo lugar, por que essa revisibilidade é necessária para assegurar a orientação normativa/prescritiva que informa a visão de Unger sobre o sujeito. Trata-se, então, de recorte pontual que se adequa aos interesses do presente trabalho.

Mas qual, afinal, é o sentido em arguir sobre a condição ou natureza humana? Em Unger, o sentido depende em grande parte da instrumentalidade que a descoberta de alguns dos componentes dessa condição pode oferecer à nossa experiência concreta. Para o autor, “a atribuição de força normativa a concepções da identidade humana fundamental é tão persistente quanto qualquer outra prática de nossa experiência” (UNGER, 1998b, p. 11). Persistente porque informa duas ordens de reflexão: sobre qual é a relação que mantemos com o contexto em que estamos, e sobre as relações (de dependência e de risco) mútuas que estabelecemos uns com os outros (UNGER, 1998b, p. 12).

O argumento levado a cabo em *Paixão* (1998b) é que, de modo limitado, uma visão substantiva e normativa do indivíduo e da sociedade é passível de sustentação. Esta visão, de acordo com Unger, não é “nem trivial, nem fatalmente devida a preconceitos de uma cultura particular” (UNGER, 1998b, p. 28). Além disso, sua proposição sobre o sujeito parte do prisma específico da solidariedade¹³⁹ – portanto, seu foco recai sobre a emotividade ao invés do problema da cognitividade. Porque as questões mais sensíveis em jogo no âmbito da reflexão sobre as formas amplas de vida e sua institucionalidade dialogam imediatamente com forças da corporalidade, nossos ímpetos e paixões mais íntimos.

A referida orientação prescritiva diz respeito a que, na teoria ungeriana, a gradativa refeitura das instituições corresponde à – também gradativa – revisão do caráter¹⁴⁰. E, neste particular, há uma intersecção interessante entre as reflexões de Unger e a filosofia de Nietzsche. Tal qual para o primeiro, a quem todo processo de reconstrução deve ocorrer por etapas, o segundo filósofo – que também, a seu modo, é um experimentador¹⁴¹ (MARTON, 2016, p. 34) – adverte, no Livro Quinto de *Aurora* (2007), que mudanças profundas só podem acontecer por

¹³⁹ Solidariedade aqui entendida como “ver e tratar o outro como uma pessoa sempre presa, precária e incongruente, a mundos e situações, a um caráter e corpo finitos e condicionais e, portanto, emaranhada em circunstâncias desproporcionais às capacidades de transcendência de contexto do eu” (UNGER, 1998b, p. 249).

¹⁴⁰ Porque, assim como as instituições, o caráter é reformável, é uma parte modificável da personalidade. A rigidez daquelas corresponde à rigidez deste. Ambas as formas de rigidez, na proposta do autor, são danosas às potencialidades do indivíduo: “*The chief expression of the standardized aspect of life in personality is a character – the rigidified form of a self – surrounded by a protective carapace of individual and social routine. Our relation to a character has the same nature as our relation to all the other ordered settings of our activity: we need it, and we need not to surrender to it. It is us, but we are more than it. The development of the personality requires both the embrace of habit and the shattering of habit, both the formation of character and the shaking up of character. Without such shattering and such shaking up, we make ourselves merely finite; we deny and suppress the surprising and transcending side of our nature*” (UNGER, 2007, p. 108).

¹⁴¹ Scarlett Marton pontua que, no caso de Nietzsche, um “experimentador no mais alto grau”, o experimentalismo é uma “opção filosófica”, e prossegue: “Nietzsche não hesita em convidar o leitor à experimentação, seja por entender que nós, humanos, não passamos de experimentos, seja por acreditar que não nos devemos furtar a fazer experimentos com nós mesmos” (MARTON, 2016, p. 34).

meio de “pequenas doses”; toda tentativa abrupta de transformação, em especial do ponto de vista dos referenciais morais de nossos hábitos, tenderá ao fracasso¹⁴² (NIETZSCHE, 2007, p. 319-320).

As duas dimensões de revisão (das instituições e do caráter) não são independentes entre si, entre elas há um vínculo dialético. Tornamo-nos melhores – no aporte moral de Unger – ao não nos entregarmos à possibilidade de enrijecimento do eu (UNGER, 1998b, p. 247). Significa dizer que este (o eu) se empobrece à medida em que se sujeita a formas automatizadas, irrefletidas e limitadas de vida e percepção: “sob a influência de tais automatismos, a consciência torna-se vaga. A vontade separa-se da imaginação ou é escravizada a uma imaginação enfeitiçada por uma concepção estreita dos estados possíveis de existência” (UNGER, 1998b, p. 155).

A revisão do caráter requer que o sujeito se submeta a uma condição de “vulnerabilidade exacerbada”: o momento de vulnerabilização é que permite a mutação do caráter (UNGER, 1998b, p. 156 e p. 247). Essa vulnerabilidade deriva da compreensão de que as instituições, assim como os ideais que as informam, corporificam de maneira imperfeita a personalidade e o ser¹⁴³ (UNGER, 1998b, p. 249). Enxergá-las (instituições e ideais) como o fim, e não como meio, é incorrer em idolatria ou fanatismo: tratar, nas palavras de Unger, o condicional como se fosse incondicional (UNGER, 1998b, p. 250).

A vulnerabilidade acentuada está, pois, em colocar a si mesmo num contexto de liberdade radical, no qual se reconhecem as condições inevitáveis e simultâneas de necessidade e medo intrínsecas às relações que estabelecemos. Nesse contexto de liberdade radical vulnerabilizante, prevalecem os imperativos de participação, inspeção e revisão do eu – sem que este seja “aniquilado” –, bem como das categorias fraudulentas que as ordens do mundo fornecem como falsos referenciais de nossa autocompreensão (UNGER, 1998b, p. 104-105). A consequência da

¹⁴² Trata-se do aforismo intitulado “As pequenas doses”. Nas palavras de Nietzsche: “Se uma transformação deve se processar tanto quanto possível em profundidade, é preciso administrar o remédio em pequenas doses, mas sem interrupção, por um longo período de tempo! O que podemos criar de grande numa só vez? Evitaremos, pois, trocar, precipitadamente e com violência, as condições morais às quais estamos habituados, por uma nova avaliação das coisas (...) até que, provavelmente muito tarde, percebamos que a nova avaliação se tornou preponderante em nós e que as pequenas doses às quais, a partir de agora, devemos nos habituar, produziram em nós uma nova natureza (...)” (NIETZSCHE, 2007, p. 319-320).

¹⁴³ Nesse sentido, a imperfeição decorre do “atributo de permanente plasticidade” dos esquemas de compreensão e relação oferecidos pelo mundo imediato ao indivíduo que nele se encontra. Esse atributo se explica pelo fato de que, diante desses esquemas, incorporamos a faceta divina da criatividade, concebemos as estruturas dentro das quais vivemos. Estas, no entanto, “*are simply the residues of what can once again become at any moment our unfrozen relations with one another*” (UNGER, 2007, p. 65).

situação de vulnerabilidade acentuada e liberdade radical não representa real risco à percepção que o sujeito tem de si:

Pelo contrário, estamos livres de uma visão superficial e restritiva de quem somos: não nos enganamos a nosso respeito, tomando-nos por uma posição social particular ou pelo conjunto de hábitos e humores que é o caráter. Aprendemos a nos experimentar como uma identidade que jamais está inteiramente contida num caráter e que evolui para um maior autoconhecimento e domínio de si mesmo por meio de atos voluntários de vulnerabilidade ou de acidentes – aceitos – de fortuna capazes de pressionar o caráter. Ter presenciado e sofrido muitas coisas e ser poupado, por tudo isso, de enrijecimento da percepção, do sentimento e da conduta é parte da sonhada quintessência do sucesso moral. Aceitamos o perigo em nossas transações com nós mesmos e com os outros como condição de discernimento e emancipação (UNGER, 1998b, p. 106)

Aos os olhos de Unger, no entanto, não se pode fornecer uma definição realmente precisa de nossa natureza. Com relativa segurança, a condição humana é apreensível somente a partir de sua historicidade. O sujeito, embora contínuo (*“self is continuous, from birth to death”*), é em determinado tempo, espaço, sociedade e cultura nos quais está inscrito (UNGER, 2014, p. 347). Sua consciência, por sua vez, é dual e compreensível por meio da coexistência de duas ordens de experiência. Dessas ordens, a primeira aponta para a particularização de si no mundo – a descoberta da própria individualidade de forma acentuada e em contraste com a descoberta do outro. A segunda ordem de experiência da consciência é percepção do indivíduo ou de si como alguém dentre outros com os quais se compartilham experiências comuns (como a da linguagem do discurso compartilhado, por exemplo¹⁴⁴) (UNGER, 1998b p. 149-150).

Na percepção do autor, portanto, se o ser é contínuo e de profundidade indefinida, não há clareza sobre quais são os aspectos variáveis e invariáveis da natureza humana – esta, conforme Unger, não pode ser reificada. Todos estes aspectos estão imbricados na historicidade e forças culturais que se impõem sobre nós (UNGER, 2014, p. 347). A historicidade sobre nós afeta todos os âmbitos de nossa experiência, o que não quer dizer que sejamos *“a plastic mass of revisable dispositions, freely open to radical re-engineering by transformative political and moral projects”* (UNGER, 2014, p. 348), mas que podemos ser marginalmente modelados no tempo,

¹⁴⁴ “Para pensar sobre si, a criança deve apropriar-se de um discurso comum e reiventá-lo: as ideias e a linguagem das pessoas que a rodeiam. Mas o uso individual dessa linguagem compartilhada e dessas ideias preexistentes pressupõe a comparabilidade da experiência, mesmo se a experiência comparável resumir-se a nada mais que um contato perceptivo minimamente interpretado com o mundo natural. Não há compulsão no raciocínio ou comunicação na conversa que não pressuponham ser como os outros e estar com eles em uma situação similar (...) a criança tem de desenvolver e pôr à prova seus pensamentos a respeito de si mesma, experimentando-os em ação entre as pessoas. Sempre que considera seriamente a visão de si mesma como centro, logo é detida pela resistência de vontades opostas” (UNGER, 1998b, p. 150).

ainda que dificultosamente. Essa mudança é gradativa, acontece na medida do “possível adjacente”. A mudança pode ocorrer ainda que as condições circundantes contribuam para a sua inibição. Há sempre a tendência, mesmo que residual, para a transgressão desses limites (UNGER, 2014, p. 348).

Para Unger, três ideias gerais e inter-relacionadas possuem importante potencial explicativo sobre o indivíduo e a humanidade. De acordo com a primeira dessas ideias, sociedades e indivíduos, desde a concepção, são conformados pelos distintos arranjos de ideias, instituições e crenças aos quais estão expostos. Nossa existência é relativa, no sentido de que inserida em contingências espaço-temporais, em oposição a condicionantes fortes invariáveis e naturais (UNGER, 2007, p. 54). Com isso se afirma, portanto, um imperativo existencial de historicidade.

A segunda ideia aponta para a transcendência do indivíduo. Explica que os esquemas (*habitual settings*) de ação e pensamento, como os instalados nas instituições e convenções culturais, não são – embora nos moldem desde o nascimento – capazes de conter o indivíduo (UNGER, 2007, p. 55). Há, em nós, um excedente¹⁴⁵ em potencial, que se opõe aos arranjos que nos moldam, ainda que estes não estimulem a manifestação ou florescimento dessa potencialidade. O desajuste relativo entre as potencialidades internas e circunstância externa é uma fonte de poder, que pode ser veiculado em favor da transformação desta circunstância. O pressuposto filosófico dessa condição de tomada das rédeas sobre o que nos rodeia é um “pragmatismo radicalizado”¹⁴⁶. Porque aprendemos, criamos, e o que criamos deve servir ao momento subsequente do processo de recriação, sob a infinitude pressuposta nessa relação dialética entre potencialidade e circunstância (UNGER, 2007, p. 56).

¹⁴⁵ Que se manifesta nas mais diferentes formas de experiência pessoal, de acordo com Unger, quando concebemos o novo como possibilidade de experienciação para além dos axiomas e limites imaginativos que nos são oferecidos. O significado disso para um contexto maior faz crer que as formas de organização social possíveis são inesgotáveis, e a resultante da relação entre as potencialidades do indivíduo e as possibilidades oferecidas pelo contexto é de que há sempre uma margem para a mudança do contexto em que se encontra o sujeito: “*This perpetual misfit between us and our situation is prefigured in the most basic facts of our natural constitution, beginning with the plasticity of the brain and with the relative openness and indirection of our most elementary drives. It is echoed throughout every level of our experience, including our most ambitious projects in thought, politics and art. Its supreme expression in the realm of ideas is the notion of the infinite*” (UNGER, 2007, p. 55).

¹⁴⁶ O pragmatismo radicalizado é o elemento ideológico consubstanciado no ideal experimentalista da “revolução permanente” num sentido que, conforme Unger, perde seu conteúdo romantizado para assumir a concretude da realidade da vida: “*everydayness of life as it is*” (UNGER, 2007, p. 57).

A terceira ideia sobre indivíduo e a humanidade, por fim, sugere que, mais do que interferir no conteúdo¹⁴⁷ do que contexto circundante (social e culturalmente), podemos também modificar a relação com esse contexto relativamente à sua capacidade de nos aprisionar. Esse imperativo é caro àquele que pretenda o progresso material (econômico e tecnológico) constitutivo do *ethos* emancipatório dessa dinâmica revisionista (UNGER, 2007, p. 56-57). Colocada de outro modo, essa terceira ideia resgata a reflexão – explorada acima – sobre o entrincheiramento dos contextos-formadores: a medida pela qual seus componentes institucionais (des)estimulam ou (des)empoderam a postura contestadora do indivíduo contra as grades da circunstância que lhe é externa.

As três ideias apresentadas aliam-se intimamente aos propósitos do programa do experimentalismo democrático; fornecem o pano de fundo normativo na dimensão situada do sujeito. É por meio da reorganização da democracia nos moldes propostos por Unger que o indivíduo encontra as condições para o florescimento de suas potencialidades criativas¹⁴⁸ e de contestação. Nessa proposta, concebida pelo autor como democracia radicalizada, “*we make ourselves more godlike*”, já que por meio de suas práticas específicas, democráticas, podemos redefinir as demais (UNGER, 2007, p. 60). Daí a centralidade do ideal político, em geral, e democrático, em específico, como força motriz do programa institucional e teórico ungeriano – donde se deduz, como dirá Unger, a compreensão do direito enquanto o campo no qual aquele ideal encontra detalhamento institucional estratégico.

Há, ainda, três “atitudes filosóficas” que se relacionam às referidas ideias sobre o indivíduo e a humanidade: (a) o cometimento ao vínculo entre teoria e ação, pois os momentos do pensamento e da prática não possuem qualidade tal que os impeça de coexistirem: “*the philosopher is master of no secrets forbidden to the agent*”; (b) a rejeição da ideia de possibilidade como espectro do não ocorrido, como se este espectro fosse o limite do realizável, um “horizonte do possível” que caracteriza o realizado como mera amostra dessa realidade maior

¹⁴⁷ Interferência submetida a duas classes gerais de atividades: uma interna à estrutura social com seus limites e outra transcendente à estrutura; a primeira é quase imperceptível, rotineira, respectiva a como agimos no dia-a-dia sem propriamente desafiar a ordem das coisas; pela segunda classe de atividades, desafiamos/transgredimos essas estruturas de maneira paulatina. Diminuir a distância entre essas duas classes de atividades é uma possibilidade que se nos coloca por meio da formulação de arranjos específicos estimuladores ou convidativos à transformabilidade (UNGER, 2007, p. 56-57).

¹⁴⁸ Estas se operam na dualidade que caracteriza nossa mente; para Unger, a mente possui uma função maquinária, que aprende a repetir, e outra anti-maquinária, que produz o irrepetível e reflete sua faceta imaginativa. Esses dois aspectos intensificam-se ou se encolhem a depender das forças institucionais e educacionais que constituem o terreno social onde vivemos (UNGER, 2014, p. 347).

(espectral) preconcebida e, portanto, delimitada. A atitude em (a) (a ação refletida: *reflective action*) impõe que, em (b), os limites imaginados são contestados a cada etapa de criação do novo¹⁴⁹. E (c) a terceira atitude filosófica, aliada ao pragmatismo radicalizado, propõe a desnaturalização dos objetos culturais que criamos (instituições e ideologias). Em (c) o ser é variável; aqueles objetos são artefatos criados e sua variabilidade depende de quão imunizados (*relative insulation*) estão contra a contestabilidade, assim como depende da distância entre as duas grandes classes de atividades (UNGER, 2007, p. 61-64) – atividades de rotina e de reforma.

Inobstante, de acordo com Mangabeira Unger, a vitalidade, na perspectiva do experimentalismo, é uma de nossas características mais primordiais. As instituições não possuem aptidão para aumentar a vitalidade, mas podem diminuir as possibilidades de seu florescimento e realização produtiva. Tal diminuição assume formas tais como a pertença do indivíduo a rígidos vínculos sociais e hierárquicos, que anulam as suas potencialidades criativas. Fora dessa rigidez, o indivíduo é mais um criador original do que o reproduzidor de um papel que não escolheu exercer¹⁵⁰ (UNGER, 1998a, p. 248).

O programa de conduta e de pensamento ungeriano recomenda uma reorientação comportamental. Sob o prisma da vitalidade humana, o programa afirma a necessidade de que o sujeito conduza a sua existência de modo a sofrer apenas uma morte, a física, em oposição a sofrer várias mortes (não literais, por notório) ao longo da existência (UNGER, 2014, p. 341-342). A proposta de Unger almeja incorporar ao indivíduo certos elementos imputáveis à divindade, pois a tendência à recriação do novo, como orientação experimentalista, vincula-se a um pressuposto ético de engrandecimento do sujeito, sob os primados da igualdade e solidariedade, reconhecida nossa condição de vulnerabilidade (ŠKOF, 2015, p. 725). No entanto,

¹⁴⁹ Consoante Unger, ainda que limites possam ser concebidos, eles serão sempre móveis; concebidos realisticamente, podem ser visualizados em nossa “constituição natural” e “situação histórica”, mas o poder dessas limitações não justifica a noção de um horizonte de possibilidades predeterminado: “*The spectral idea of possibility results from antipathy of the new. The new, according to that idea, is not completely new because it was already stalking the world as the possible. It is only when we divorce thought from action that a view so foreign to the experience of engagement and action begins to force itself upon us as if it provided an antidote to the unavoidable of an embodied self*” (UNGER, 2007, p. 62).

¹⁵⁰ O espaço de trabalho já não é mais o âmbito da realização dessa vitalidade. A possibilidade de vincular o trabalho com a atividade de reinvenção e desenvolvimento dos interesses pessoais mais íntimos é privilégio de uma minoria. Para a maioria, diz Unger, o trabalho significa apenas a ferramenta para a satisfação das necessidades práticas, é um intermédio e não um fim (UNGER, 1998, p. 251). Nesse sentido: “*The instrumental view of work represents drastically diminished expectations of what a person can make of his life. It is in fact, and is understood to be, an aberration: the stigma of a terrible defeat or the price of a transition to a higher mode of life*” (UNGER, 1997, p. 414).

engrandecer o indivíduo, atribuindo-lhe algumas das características próprias a deus¹⁵¹ (UNGER, 2014, p. 444), dispensa os componentes específicos da fé religiosa¹⁵². Vale dizer, a sobredita proposta, apesar de emprestar aspectos da religiosidade, dispensa a crença na existência de um criador transcendental revelador da verdade às suas criaturas – a concepção de religião¹⁵³ associada à orientação experimentalista é especificamente desenhada por Unger para seu fim pragmático.

Essa forma de engrandecimento inverte a rendição a uma vivência diminuída e conformada com rotinas e compromissos tradicionais (UNGER, 2014, p. 342). A visão engrandecedora liga-se diretamente com a causa democrática do experimentalismo, o qual subscreve a ideia progressista de que o indivíduo deve se libertar das humilhações que lhe são impostas pela gama

¹⁵¹ Unger esclarece que isso significa apenas incorporar a característica de transcendência à “circunstância finita”: “*our share of the divine lies in another direction: the direction of embodied spirit. We transcend finite circumstance*” (UNGER, 2014, p. 343). Não podemos, por outro lado, ser eternos, oniscientes e completos; portanto, não podemos ser deuses, mas meramente imitá-los (*mimic*). E mais do que isso, não devemos incorporar o que haveria de pior nessa pretensão (o que Unger chama de *prometheanism*): ressentidos e cruéis, ignorar nossas fragilidades inevitáveis e procurar triunfar sobre os fracos (UNGER, 2014, p. 213). *Prometheanism* é a auto-divinização e o culto ao poder (UNGER, 2014, p. 221), um impulso moral pela busca do poder em sua forma perversa, como poder sobre os outros “*rather than a collective empowerment of humanity*” (UNGER, 2014, p. 256).

¹⁵² Atribuir ao homem o que este atribuiria a deus não significa o exercício de fé religiosa (UNGER, 1998b, p. 33), pois, conforme Unger, assumir a pertinência de alguns dos elementos explicativos da visão cristã-romântica (como o autor faz em *Paixão*) não é o mesmo que subscrever a tese da revelação.

¹⁵³ Usualmente a noção de religião é acompanhada por um componente próprio das tradições judaicas, cristãs ou islâmicas: a ideia de um deus que transcende a humanidade, nela intervém e a ela revela a verdade (UNGER, 2014, p. 49). Mas qualquer universo explicativo humanamente criado (como são artes, a filosofia e, igualmente, a religião), por histórico, é contestável em sua dimensão significativa (UNGER, 2014, p. 50 e p. 61). O sentido de religiosidade aplicado por Unger, nesse sentido, tem significado próprio: “*why should Kant, Schleiermacher, and Madison determine, from their graves, how we use our words?*” (UNGER, 2014, p. 53). Em sua leitura, “*religion is neither the awareness of the delirious nature of our consciousness nor the turning away from the delirium into our everyday business. It is the cognitive and volitional position that we take with respect to a circumstance in which we seem compelled to choose between these two attitudes*” (UNGER, 2014, p. 56). Este sentido, aliás, refuta a própria separação entre orientações existenciais religiosas e não religiosas (UNGER, 2014, p. 51), rejeita a divisão entre o religioso e o secular. Essa divisão impede a extensão de aspectos da religiosidade a âmbitos da vida não necessariamente associados a visões que pressupõem um diálogo entre um deus e seus criaturas. Ela se deve em grande parte à apropriação do termo pela tradição protestante dos séculos XVIII e XIX, que buscava deslegitimar o que pudesse ser assumido como prática religiosa fora de sua perspectiva (UNGER, 2014, p. 53). Dessa forma, Unger subverte a dicotomia para atribuir à religiosidade um sentido pragmático (uma definição que se constitui pela sua finalidade prática) cujo principal aspecto está na orientação para o futuro, o que significa dizer que sua ideia de religião não é simplesmente uma filosofia ou visão de mundo (UNGER, 2014, p. 55). A religiosidade, assim concebida, penetra, em maior ou menor grau, todos os âmbitos da experiência humana; além de uma resposta às fatalidades da existência (*incurable flaws*), como a certeza da morte, a incerteza sobre as causas maiores da vida e a insaciabilidade dos desejos (UNGER, 2014, p. 55), é a exigência de um cometimento para a vida “*in a certain direction*” ainda que esta não se fundamente em bases sólidas: “*It requires us to commit our lives without having what, by the prevailing standards of rational discourse, could ever be an adequate basis on which to do so. Neither the evidence of the senses nor the application of our reasoning, within any established discipline or method or outside all particular methods and disciplines, can suffice to provide such a basis*” (UNGER, 2014, p. 58).

de hierarquizações (sociais, políticas e econômicas) que a vida injustamente abriga¹⁵⁴. A única possibilidade de emancipação está na vocação transformativa associada à sua oportunização institucionalizada e trazida para o cotidiano (UNGER, 1998a, p. 251).

A vitalidade humana é marcada por três grandes características: (i) a excedência (*surfeit*), como a possibilidade de transcender/exceder às estruturas que nos circundam e limitam, enfrentando sua rigidez; (ii) fecundidade (*fecundity*), compreendida como vigor produtivo que se encerra apenas com a morte; e (iii) espontaneidade (*spontaneity*), como o “enfraquecimento da influência do passado sobre o futuro: a atenuação da dependência de dado caminho em nossa experiência”¹⁵⁵ (UNGER, 2014, p. 342; trad. livre).

Nossa vitalidade só floresce plenamente em comunhão com os outros, ainda que isso afete a individualidade: “*that all such connections also threaten us with loss with individual distinction and freedom is the contradiction inscribed in our being*” (UNGER, 2014, p. 343). A contradição entre comunhão e individualidade resolve-se pelos imperativos do amor e da cooperatividade (UNGER, 2014, p. 344). O sentido – e imperatividade – da comunhão (ou solidariedade), implica a conclusão de que nossa individualidade é limitada: como indivíduos, não somos o centro do mundo (UNGER, 1998b, p. 12). Encontramos formas maiores de convivência e possibilidade real de transcendência por meio desses imperativos, a partir dos quais ascendemos e possibilitamos – por força de nossa incompletude, que explica não sermos divinos – a interconexão que nos é tão cara sob a ótica desses propósitos. Assim, a experiência da divindade que nos é facultada é a transcendência (UNGER, 2014, p. 344).

Maior será a possibilidade de transgressão, individual e coletiva, se a sociedade na qual se vive for receptiva, em suas instituições, a formas intensivas de cooperação. A reorientação do indivíduo em prol do experimentalismo e o avivamento de suas possibilidades são prejudicados na presença de elementos culturais e institucionais avessos à mudança e inibidores da cooperatividade (UNGER, 2014, p. 354). Na percepção de Mangabeira Unger, não podemos sacrificar as possibilidades de agirmos no tempo presente – este é única possibilidade real que a

¹⁵⁴ Nesse sentido, nas palavras do autor: “*The institutionalized breakdown of rigid ranks and roles continues the work of democracy: it saves us from remaining placeholders in a system of predefined social stations. As the grip of these stations upon individual experience loosens, we become more able to deal with one another, imaginatively and practically, as individuals rather than as stand-ins for collective categories of class, gender, nationality, or race. This opportunity to address the other as a concrete individual never completely defined by the coordinates of his place on a social map is a mark of love*” (UNGER, 1997, p. 434).

¹⁵⁵ No original: “*Spontaneity is the weakening of the influence of the past on the future: the attenuation of path dependence in our experience. It is confirmed by the ability to surprise ourselves as well as others*”.

vida oferece. O agir que não nos aliena do presente, sob as condições de transcendência e solidariedade concreta (“*not in the abstractions of philosophy*”) (UNGER, 2014, p. 355), implica a rejeição da condescendência, da esperança de eternidade e a consequente consciência da morte (UNGER, 1998b, p. 149); ao invés, afirma a mortalidade inevitável e os deveres que ela faz emergir (UNGER, 2014, p. 355): “*in the end, all we have is life right now*” (UNGER, 2014, p. 438).

A proposta normativa do autor com relação ao sujeito é, por fim, de que devemos viver em função do futuro mais que do em função do passado. Essa reorientação em favor do futuro possui, como recompensa, a possibilidade de agir com integridade e liberdade, reconciliando-se engajamento e resistência, fugindo-se da rendição às estruturas (UNGER, 2014, p. 438). Somos recompensados com a conexão interpessoal, sob o reconhecimento de que o contexto nos molda, de que nele somos vulneráveis e conectados pelos propósitos de transcendência; recompensamos a vivência intensificada, engajada, situada, em função das reconstruções possíveis do mundo contornante:

Such results will be both causes and consequences of the intensification of experience, of the concentration of life, right now, that is the only response to mortality and groundlessness for which, by the light of the religion of the future, we are entitled to hope (UNGER, 2014, p. 438)

Mas essa visão sobre o sujeito, por normativa e esperançosa, não se realiza por si só. Exige o manejo estratégico e experimental das instituições, guiado pelos ideais expostos, fundamentado no princípio político da democracia energizada, vulnerabilizante, que aloca o sujeito na condição da liberdade radical, pressupondo-se o direito como a forma detalhada desses objetivos. O experimentalismo ungeriano tem, afinal, nas instituições o objeto privilegiado de reflexão.

4.2 Propostas institucionais: os instrumentos contra o paradoxo

As reformas e inovações jurídicas, sobretudo constitucionais, encabeçadas por Mangabeira Unger pretendem realizar o experimentalismo institucional e democrático sem que isto

comprometa a proteção das liberdades individuais e coletivas (UNGER, 2018, p. 92). Nesses termos, a reforma constitucional poderá significar um passo significativo para a inauguração de um novo contexto formador e/ou de novas estratégias de emancipação em relação ao contexto já existente (UNGER, 1997, p. 310).

Unger sustenta que a objeção mais óbvia ao seu experimentalismo, que se funda em um constitucionalismo de mobilização permanente, é a sua “aparente inabilidade para garantir um mínimo de estabilidade” (UNGER, 1997, p. 322). O problema da estabilidade, adverte o autor, exige uma reflexão sobre o papel dos grupos (*parties*) de opinião (como produtos da dissolução/desestabilização das classes sociais pelo processo de emancipação) num regime constitucional reorganizado (UNGER, 1997, p. 323) e sobre a dinâmica dos conflitos políticos. A participação política, como elemento constitutivo da democracia, ganha, no pensamento de Unger, conotação específica, cuja implicação direta aponta para a dualidade estabilidade-instabilidade (TEIXEIRA, 2010, p. 57).

O problema da estabilidade exige também a consideração de alguns dos mecanismos elaborados pelo autor para a reforma política e do Estado, assim como de certas ferramentas jurídicas – no âmbito da reflexão ou doutrina, bem como no campo das práticas do direito – formuladas especialmente para combater a possível condição generalizada de receio que o experimentalismo poderia gerar. Nas páginas seguintes serão apresentados alguns desses mecanismos – no campo político, do Estado e do direito – ofertados por Unger, embora alguns deles, apesar de igualmente relevantes (porquanto pilares do experimentalismo, como é o caso da reforma da economia), não sejam explorados no presente trabalho.

4.2.1. Experimentalismo, governo e Estado

Para Unger, é preciso repensar as formas tradicionais de exercício político institucionalizadas. A atividade revisional do experimentalismo deve ser possibilitada por ferramentas próprias. E no contexto desses exercícios políticos e atividades revisionais, nada é mais importante que a própria possibilidade de desafiar as estruturas existentes por meio da postura efetivamente democrática – ou, neste caso, experimental. A tradição liberal da

democracia e a repartição dos poderes governamentais em poucos ramos, conforme Unger, impossibilita o pleno exercício dessa postura¹⁵⁶. O enrijecimento contra a transformação política, contemplado constitucionalmente, permite o controle por grupos de poder durante consideráveis períodos, sem que reformas significativas ocorram (UNGER, 1997, p. 310). Uma maneira de mitigar esses efeitos – e de empoderar democraticamente as pessoas – é aumentar o número de ramos de governo com funções sobrepostas, e que se submeteriam a duas ordens de critérios:

first, that when the total system of powers and functions has been established, it will work to prevent any section of society from gaining a lasting stranglehold over the material or human resources that can be used to generate the future form of society; second, that the same system provide an opportunity for the exercise of every major variety of transformative activity, practical or imaginative. The first criterion looks to the result; the second, to the means. Each may predominate in the design of a particular power (UNGER, 1997, p. 311).

Caberia ainda a criação de um ramo específico de governo encarregado de facilitar o acesso à comunicação e informação em todos os níveis do poder governamental, com financiamento e estrutura legal próprios, possibilidade de intervenção (por veto, por exemplo), e eleição de seus dirigentes: "*the officers of such a branch would be selected by joint suffrage of the other powers in the state, the parties of opinion, and the universal electorate*" (UNGER, 1997, p. 312). Sua função maior seria garantir o não entrincheiramento do poder governamental em determinado recorte do Estado, com a possibilidade de intervir em todas as demais instituições. Razões limitativas de prudência institucional e controle oriundo dos demais poderes manteriam o poder interventor dessa nova agência limitado. De todo modo, esse poder apartado teria competência para intervir amplamente em todos os ramos da vida social e com todas as ferramentas disponíveis aos demais poderes.

A multiplicação de poderes governamentais aumenta as condições de transformabilidade. E a necessidade de transformação é sempre presente, pois a cada nova etapa revisional das instituições, ambiguidades e desarmonias hão de aparecer no âmbito de suas concretizações. Essas desarmonias são novas ocasiões para correção (UNGER, 1997, p. 312). A atividade revisional não é apropriada para o judiciário, não lhe cabe a intervenção imaginativa e de

¹⁵⁶ Como indicado por Jon Elster em *Ulysses Unbound*, ao tratar das razões e instrumentos (*devices*) para o pré-compromisso constitucional, a separação dos poderes do governo estaria, dentre outras razões, entre os instrumentos destinados à superação de paixões e interesses momentâneos, ao lado das instituições que exigem, para reformas, a formação de supermaiorias, a imposição de custos ou de prazos etc. (2000, p. 91).

reconstrução¹⁵⁷, principalmente em virtude do caráter antidemocrático que tal postura, vinda do ramo, poderia acarretar. Semelhante diagnóstico pode ser feito sobre o legislativo, pois suas funções tencionam reformas marginais no direito existente, “*it cannot be easily expected to undertake the ideal, long-range, and systematic interventionism that would provide such a power with its mandate*” (UNGER, 1997, p. 313).

O modelo de *checks and balances* na sua forma atual, Unger afirma, ainda reflete um princípio essencialmente liberal de contenção – constitucionalmente – estabelecida do poder cujo efeito é o impedimento de transformações políticas significativas (por justificativas como defesa da liberdade) (UNGER, 1997, p. 316; UNGER, 2018, p. 93). A reformulação desse modelo pressupõe três princípios concorrentes: (a) a contenção absoluta de um poder sobre o outro (já estabelecido nas democracias liberais); (b) graus distintos de prioridade entre diferentes ramos do Estado para a resolução de conflitos; (c) a transferência de impasses (*immediate or delayed devolution*) constitucionais para o eleitorado em geral. As ocasiões em que (c) se aplica dependeriam de definição constitucional (UNGER, 1997, p. 317). Os escopos maiores da teoria ungeriana, nesse sentido, são evitar a perpetuação de impasses políticos, possibilitar a reforma, não permitir o monopólio das competências para a modificação da sociedade e aproximar o poder governamental dos conflitos concretos e imediatos (UNGER, 1997, p. 317).

Outra ideia que corporifica o programa da democracia energizada é a elaboração de miniconstituições. Seriam regimes constitucionais especiais para finalidades e contextos específicos, pois a Constituição não possui aptidão para abranger “*all possible instances of collective life*” (UNGER, 1997, p. 321). Funcionariam de forma anômala ao poder central hierarquicamente superior: confeririam temporariamente competências ou poderes para setores sociais específicos, que se relacionariam com os esquemas proteção de interesses de “indivíduos, minorias e oposições”. O novo regime de competências e poderes, para além de acatado ou não pelo eleitorado, deve ser supervisionado por um poder auxiliar criado simultaneamente ao novo regime inaugurado (mini)constitucionalmente, um controle democrático exercido por uma instituição *ad hoc* com finalidade exclusivamente supervisória (UNGER, 1997, p. 321).

¹⁵⁷ Ao tratar das dificuldades empíricas que poderiam surgir no contexto da concretização/aplicação dos direitos de desestabilização e manejo de seus efeitos (apresentados a seguir), Unger adverte: “*the empirical difficulty of answering these questions and the administrative difficulty of acting upon the answers are two reasons why traditional court institutions may be unsuitable to develop and enforce the entitlements*” (UNGER, 1997, p. 391).

Ainda, a instituição de um federalismo cooperativo constitui um dos recortes do experimentalismo institucional, por estimular a condição em que os entes federados se colocam como laboratórios de novos testes e inovações institucionais (TEIXEIRA, 2010, p. 61-62). Isto porque o federalismo clássico, na leitura de Unger, “desperdiça o potencial experimentalista do regime federativo” (UNGER, 2018, p. 91); o federalismo pode ser pensado como uma forma de experimentação que estimularia, nas unidades federadas, a criação de contramodelos (econômicos, por exemplo) às políticas gerais, sob condições específicas que não permitissem a constituição de abusos e opressão locais imunes à política nacional (UNGER, 2007, p. 59). Trata-se de observação análoga à de Robert Cover sobre o policentrismo do federalismo norte-americano e a medida de autonomia regional dos entes federados. Do ponto de vista do judiciário, por exemplo, a multiplicidade de fontes – políticas e jurídicas – de articulação das normas entre os polos decisórios torna possível a inovação em relação aos centros de decisão centrais/nacionais. Nesse sentido é que o federalismo funciona como um laboratório para experimentos normativos, no qual o direito mudaria de formas variadas, em ritmos e jurisdições distintos (COVER, 1995, p. 84-86). Se algum conflito normativo é articulado para além da localidade, duas vantagens emergem: (a) o conflito se submeterá a uma espécie de comunicação entre instituições; e (b) as expectativas daqueles cujos interesses relacionam-se com o conflito em questão podem ser afetadas benéficamente pela inovação¹⁵⁸ (COVER, 1995, p. 87).

Esse conjunto de reformas para a política e o Estado – que constituem amostra inapta a esgotar o rol de propostas e reflexões de Unger sobre o tópico – giram em torno da ideia de que as disputas políticas ordinárias realizadas nas arenas institucionais não vão ao encontro dos conflitos concretos da vida; são, em verdade, veiculadas em um grau de abstração e modéstia tal, que fazem com que visões mais radicais soem como uma utopia revolucionária. Tais condições sustentam uma concepção de estabilidade que “reafirma o dilema entre rotina e revolução” (UNGER, 1997, p. 326-327). Há, dito de outro modo, uma disparidade no nível de concretude entre os conflitos diários da vida e as disputas faccionais da política. Esta é tomada em termos

¹⁵⁸ Dito de outro modo, a articulação das normas, realizada de forma policêntrica, iterada e simultânea, permite acumulação de experiências e resultados. Essas experiências, acumuladas nos distintos foros dessa arena decisória policêntrica, têm um valor prático importante para advogados e litigantes. Esses profissionais, na condição de *forum shoppers*, “polinizam” os foros alternativos com os resultados de um foro, permitindo a comunicabilidade mencionada em (a). Os sistemas se comunicarão, experiências serão trocadas e a possibilidade de reajustes na articulação da norma faz-se factível (COVER, 1995, p. 89). E, com relação a (b), o mero fato da redundância jurisdicional pode permitir que algum direito invocado, se não atendido num dado foro judicial, possa sê-lo num foro alternativo que, eventualmente, gere a inovação favorável àquele que a buscou originalmente (COVER, 1995, p. 90).

abstratos na maior parte do tempo, com resultados concretos na menor parte (UNGER, 1997, p. 328). O aumento da concretude requer um programa institucional bastante definido e verticalizado. Ideias precisam ser veiculadas pelas instituições para que tenham potencial transformativo, e este potencial, pela teoria ungeriana, demanda trazer a conversação política para o plano da vida imediata. Com isso os contextos formadores podem ser reformados de maneira gradativa, assim se evidenciando que qualquer faceta institucional da ordem social contém, em si, “elementos desviantes”, caminhos para uma reconstrução alternativa¹⁵⁹ (UNGER, 1997, p. 328).

4.2.2. O jurista e o sistema de direitos: *market rights, immunity rights, destabilization rights e solidarity rights*

A que a reflexão jurídica e o direito devem servir sob o experimentalismo ungeriano? A resposta é a imaginação institucional. O pensamento jurídico deve se encarregar de afastar do direito o fetichismo institucional e guiar-se pelo ideal democrático¹⁶⁰, sendo sensível à relação entre os interesses em jogo, instituições ou práticas correspondentes e o respectivo detalhamento jurídico (UNGER, 1996, p. 129-130). Para tanto, Unger sustenta, a reflexão precisa livrar-se da reconstrução racionalizadora e retrospectiva do direito¹⁶¹, com seu conservadorismo institucional, como também se livrar da “obsessão com juízes e como eles devem decidir casos” (UNGER, 1996, p. 130; trad. livre). O principal interlocutor dessa reflexão jurídica reformulada, afirma o autor, deve ser o cidadão e não o juiz.

A imaginação institucional no direito, conforme Mangabeira Unger, tem amparo no método do *mapeamento* (*mapping*) e *crítica* (*criticism*), dois momentos de reflexão conectados dialeticamente¹⁶² (UNGER, 1996, p. 130) e inseparáveis (UNGER, 1996, p. 134), pois um serve

¹⁵⁹ Trata-se da compreensão de que a teoria ungeriana leva em conta a “ambiguidade constitutiva” das instituições que fundam o mundo moderno, tese que remonta, afirma Teixeira, à tradição teórica desde Montesquieu (TEIXEIRA, 2010, p. 47).

¹⁶⁰ “(...) *for the democratic project, properly interpreted, is both our most powerful family of ideals and our most promising way to reconcile our devotion to these ideals with the pursuit of our material interests*” (UNGER, 1996, p. 130).

¹⁶¹ Própria da *rationalizing legal analysis* e de sua equivalente brasileira, a estratégia interpretativista, conforme explorado.

¹⁶² De acordo com o autor: “*mapping provides materials for criticism, and criticism sets the perspective and the agenda for mapping*” (UNGER, 1996, p. 132).

ao propósito do outro. Nas palavras do autor, o mapeamento “*is the attempt to describe in detail the legally defined institutional microstructure of society in relation to its legally articulated ideals*”: uma espécie de avaliação das estruturas formativas institucionais incorporadas legalmente; a tarefa da *crítica*, por sua vez, “*is to explore the interplay between the detailed institutional arrangements of society as represented in law, and the professed ideals or programs these arrangements frustrate and make real*” (UNGER, 1996, p. 130). O mapeamento deve proporcionar o material à crítica, sobretudo ao mostrar que o direito estabelecido, em seu caráter fragmentado, pode se submeter ao ideal de revisibilidade de maneira pontual, também fragmentada. A contraface do método aponta para o que deve ser por ele evitado: a idealização (no sentido de esquecimento da sua condição de artefato) das instituições e direito disponíveis (UNGER, 1996, p. 130).

Por meio do método de mapeamento e crítica – “*outside adjudication*”¹⁶³ (UNGER, 1996, p. 129) –, o jurista deve investigar as ambiguidades intrínsecas ao direito, as faculdades juridicamente garantidas e suas exceções¹⁶⁴, que evidenciam seus traços contraditórios (UNGER, 1996, p. 132). Desde já o método se mostra como anti-racionalizador (UNGER, 1996, p. 133 e 134), no sentido de que não justifica ou preserva a estrutura contraditória no direito, mas procura

¹⁶³ De acordo com Unger: “*The law gives a real response to real problems, yet also one that stops at the threshold of structural change and structural reimagination. The halt may be justified by the objection that judges, bureaucrats, and other official law appliers should not and cannot serve as the agents of structural change. (...) this objection arises (...) from an impoverishing, inhibiting, and superstitious obsession with adjudication as the central task of legal analysis. Within that view, judges are the real thing, and even nonofficial legal analysts and theorists picture themselves as judges when they talk about law*” (UNGER, 1996, p. 100). A proposta do filósofo para o pensamento jurídico é, aduz, menos ambiciosa “*within adjudication*” justamente porque é mais ambiciosa fora deste ambiente (UNGER, 1996, p. 113). Este ambiente exterior ao de adjudicação toma em conta o protagonismo do cidadão como interlocutor privilegiado da tarefa experimentalista atribuída ao jurista, o que justifica retirar a prioridade conferida pelo pensamento jurídico à função jurisdicional: “*Any proposal for the redirection of legal analysis, however, confronts the objection that it may require measures exceeding what judges can legitimately and successfully accomplish. We cannot progress in understanding the potential of legal analysis until we expunge the idea that judges, or others like them, are the primary agents of legal thought. We must demote the judicial role, assigning it a specialized, exceptional, and secondary responsibility. The civic body as a whole must become the primary interlocutor of legal analysis. The first role of the jurist should be to serve as the technical assistant of the citizen*” (UNGER, 1996, p. 106).

¹⁶⁴ A esse respeito, ver nota de rodapé nº 55 e item 2.2., em que se podem encontrar alguns exemplos dados por Unger, no âmbito dos direitos contratual e de propriedade. Nesse sentido, também: “*In agriculture, for example, there may be a partnership between the government and the family farmer decomposing the property right and limiting the absoluteness of the property owner’s right in exchange for varieties of governmental support (...). The situation then begins to look like this: the main mechanism is surrounded by a growing number of exceptions*” (UNGER, 1996, p. 132). Naturalmente, este exemplo é de uma data específica e já antiga, mas a lógica das ambiguidades, dos princípios e contraprincípios, permanece, com manifestações em nosso direito, conforme já se demonstrou.

afirmá-la e reformá-la. O mapeamento identifica tal estrutura¹⁶⁵. Ao se prostrar diante desta, deve clarificar quais são as instituições extraíveis do direito, numa tarefa de cunho comparativo: identifica, de um lado, o conjunto de ideais e expectativas políticas ou programáticas e, de outro, o modo com que sua forma institucionalizada frustra sua realização ou empobrece seus sentidos (UNGER, 1996, p. 179). Diante desse quadro, o jurista explorará alternativas institucionais: “*must imitate the artist who makes the familiar strange*” (UNGER, 1996, p. 133). Ao imitar o artista, fá-lo-á de modo a rejeitar a atribuição de um caráter mitológico às instituições disponíveis (UNGER, 1996, p. 134); igualmente, ao exercer a crítica, assume uma postura profética, pois esta etapa do método, em último grau, redundará em promessas de felicidade e concretização de certos ideais:

Criticism is about promises of happiness. (...) These promises of happiness take two main forms. One such form is an existential project, (...) a model of how to live in the world. Another form they take is a translation of the abstract, indeterminate idea of society into a series of detailed pictures of human association; conceptions of how people can and should deal with one another in different areas of social practice (UNGER, 1996, p. 179)

Além do método de mapeamento e crítica, proposta adstrita ao campo de reflexão sobre o direito, Unger elabora também um conjunto de categorias jurídicas formativas de um sistema de direito que, para o autor, constitui uma das condições para o experimentalismo. A teoria de Mangabeira Unger não descarta a importância do aprofundamento e manejo das ferramentas que, num contexto de constante inovação, protejam o indivíduo em seus interesses mais vitais. Este deve ser agraciado com garantias jurídicas que o salvaguardem da interferência política opressiva. Deve ter o amparo que garanta a ação contestadora (UNGER, 2007 p. 60).

O sistema de direitos ungeriano visa proteger o sujeito por meio do desfazimento da identificação entre, por um lado, instabilidade como aumento do conflito pelos usos do poder governamental e, por outro, instabilidade como comprometimento da segurança, bem-estar e interesses do indivíduo (UNGER, 1997, p. 324); as duas ordens de instabilidade não podem ter coexistência necessária. Visa, o sistema, ainda, retirar de um estado de narcolepsia as rotinas sociais e seus agentes, para empoderar o indivíduo (UNGER, 1997, p. 369). São quatro, conforme mencionado no primeiro capítulo, os direitos que compõem esse sistema: *direitos*

¹⁶⁵ “(...) as the strange and surprising settlement that you could never guess from abstractions like ‘the mixed economy’, ‘representative democracy’, or ‘industrial society’” (UNGER, 1996, p. 133).

mercantis ou *de mercado* (*market rights*), *direitos de imunidade* (*immunity rights*), *direitos de desestabilização* (*destabilization rights*) e *direitos de solidariedade* (*solidarity rights*).

Ao conceber esse sistema, Unger vai além da ideia do direito como uma versão pretensamente estável da sociedade, institucionalizada e aplicada pelo Estado. Seu sistema pretende estabelecer uma estrutura institucional que enfraqueça o contraste entre Estado e sociedade civil, ao mesmo tempo que diminuindo a oposição entre “devoção ao bem comum e a busca dos interesses privados” (UNGER, 1997, p. 367; trad. livre). A instalação desse sistema deve ser simultânea às demais reformas do experimentalismo, além de que deve ser entendido como a “expressão indispensável” dessas reformas¹⁶⁶ (UNGER, 1997, p. 367). Seu conteúdo é, em parte, encontrável nas formas já estabelecidas de prática e pensamento jurídico; uma de suas marcas mais claras é o distanciamento do modelo de direito de propriedade consolidada (*consolidated property right*) e suas anomalias¹⁶⁷ (UNGER, 1997, p. 368).

O principal “princípio generativo” que desempenha referida função de distanciamento e penetra o sistema de direitos de Unger se centraliza na segurança individual. O princípio reparte-se em três objetivos: reduzir o grau de dependência do indivíduo em relação aos demais, retirá-lo da “petrificação social” e proteger a sua integridade psicofísica contra subjugação pública ou privada¹⁶⁸ (UNGER, 1997, p. 371). Sua percepção de segurança, nesse regime de direitos, deixa de ter a centralidade na propriedade ou na pertença a um grupo ou casta. A democracia ungeriana pressupõe a redefinição da ideia de segurança para afirmá-la como a possibilidade de transcendência a um contexto estrutural estimulador da dependência (UNGER, 1997, p. 372) – mais facilmente perceptível nos direitos de propriedade, cujos titulares reduzem seu grau de

¹⁶⁶ Duas objeções são antecipadas por Unger como possivelmente oponíveis a seu programa de direitos. A primeira delas já fora superficialmente anunciada: a de que os direitos são a expressão necessária de certa forma de organização socioeconômica. A segunda parte de um “*existentialist radicalism*”, postura que, de acordo com Unger, compreende o direito como uma ferramenta subserviente a qualquer ordem institucional, e que a liberdade só será alcançada a partir do combate contra toda forma de rotina institucional (UNGER, 1997, p. 367-368).

¹⁶⁷ Entendido por Unger como a extensão do princípio de descentralização econômica que confere, aos detentores de parcelas do capital social, poderes de exigibilidade “irrestritos”, seja na “cadeia de sucessão temporal” e no “escopo de usos permitidos”; as limitações a esses poderes são, na visão do autor, as anomalias (UNGER, 1997, p. 369) incongruentes já expostas na forma do conflito entre princípios e contraprincípios – no âmbito do direito de propriedade e direito dos contratos (UNGER, 2015, p. 145). Não significa, contudo, que Unger prefira uma economia de direção central: “*The imagined alternatives - the transfer of undivided economic sovereignty to central governments or the attempt to cast the workers in each enterprise as the holders of consolidated property in their own business - jeopardize public freedoms and economic dynamism (...)*” (UNGER, 1997, p. 370).

¹⁶⁸ Nas palavras do autor: “*The commitment of empowered democracy to expand the scope of context-revising conflict makes it all the more important to assure the individual that his basic security, and the security of those closest to him, will be protected. If he lacks this assurance, the institutionalized controversies and reinventions of social life will quickly become intolerable to him and he will see each as a threat to himself*” (UNGER, 1997, p. 372).

dependência em relação aos outros, aumentando a dependência destes em relação à daqueles (UNGER, 1997, p. 373).

Não significa que um regime jurídico voltado à imunização do indivíduo contra os conflitos emergentes da revisibilidade seria, ele mesmo, imune à revisibilidade: “*the point is to diminish the extent that safeguarding security rigidifies social life and thereby helps reproduce inflexible roles and ranks*” (UNGER, 1997, p. 373). A função desse princípio é simplesmente impedir a condição de subjugação e garantir a revisibilidade da ordem social/institucional. Um dos dispositivos legais que o auxiliaria é o acesso a “porções divisíveis” do capital social em prol da descentralização da ordem econômica, pois o controle democrático sobre a distributividade desse capital conferiria maior legitimidade ao direito de propriedade e ao direito contratual (UNGER, 1997, p. 375).

A primeira categoria de direitos componentes do sistema elaborado por Unger são os *direitos mercantis* ou *de mercado* (*market rights*), que se voltam às trocas econômicas (UNGER, 1997, p. 377). A ideia central destes direitos é o cometimento a um esquema de faculdades temporárias e condicionais de acesso ao capital social disponível em um fundo específico. A regulação promovida pelos *market rights* abrange a relação entre empreendedores e o fundo de capital de rotativo, assim como a relação entre os próprios empreendedores. Os termos para a tomada e uso desse capital submetem-se à decisão coletiva. O grau de “discrecionabilidade empresarial” para o uso do capital tomado pode ser irrestrito ou não, a depender do setor econômico em questão. A dinâmica desses direitos de mercado não elimina a diferença entre *private* e *regulatory law*, mas apenas a torna menos evidente¹⁶⁹.

Sob os efeitos dos *market rights* a relação entre os empreendedores/empresas é de livre transação dentro dos limites (temporais e condicionais) estabelecidos politicamente no setor determinado. Embora as restrições a essas transações pudessem ser mais explícitas (para que correções distributivas posteriores fossem menos necessárias), Unger entende que tal dinâmica, nesses moldes, estimularia oportunidades de iniciativa empreendedora (UNGER, 1997, p. 378).

¹⁶⁹ “*This contrast typically combines and confuses two ideas that should be kept distinct. First, there is the opposition between the rules and practices defining a particular type of market and those correcting its results in particular transactions. This distinction, though never entirely clear-cut, has its justifications. The reformed market and the revised theory of market rights would not abolish the difference between market definition and contract correction. It would simply make this difference less important by weakening (...) the felt moral and social need to correct particular deals*”; e Unger prossegue para afirmar que: “*the basic norms of contract and property would be seen to be no less ‘political’ than the distributional issues fought out in the categories of regulatory law. The resulting advance in intellectual clarity would also be a gain in our effective mastery over the terms of practical social life*” (UNGER, 1997, p. 378)

Direitos de mercado, sob o ponto de vista operacional, pressupõem a propriedade desagregada: a distribuição de poderes a diferentes *entities* ou *rightholders*: “*central representative bodies of the democracy, the competing investment funds, and the capital takers who have access to the fund on explicitly temporary and limited terms*”. De todo modo, a execução desses direitos manteria a forma do direito contratual existente e, igualmente, alguns dos “traços operacionais” do tradicional direito de propriedade consolidada (UNGER, 1997, p. 380).

A segunda categoria do sistema jurídico de Unger é a dos *direitos de imunidade* (*immunity rights*). Conforme Unger, suas principais funções são proteger o indivíduo contra formas de opressão¹⁷⁰ do poder privado ou público e contra a sua exclusão da arena pública decisória – pois as decisões nela tomadas afetam a sua vida¹⁷¹ (UNGER, 1997, p. 381). Em última instância, a categoria visa dar proteção ao indivíduo ante às incertezas e conflitos derivados das decisões gerais na democracia vislumbrada por Unger, incentivando-o a ser, nela, participativo ativamente e em igualdade, sem que isso implique riscos à sua integridade vital¹⁷² (UNGER, 1997, p. 382). A fonte dessa proteção é o mero fato do envolvimento contínuo com a sociedade e o debate sobre seus arranjos institucionais; ainda, seu conteúdo é previamente definido, sem margem para redefinição no contexto, sendo irrelevante a caracterização prévia da circunstância (*particular relational circumstance*) em que será exercido (UNGER, 1997, p. 386).

Um dos efeitos dos *immunity rights*, também um de seus objetivos, é a garantia de segurança sem que isso dependa da pertença a papéis sociais ou hierarquias rígidas. Unger menciona, por exemplo, que um sistema de castas pode oferecer grande segurança às custas de alta dominação, dependência e rigidez. Ainda, um sistema que procure derivar a segurança da titularidade dos direitos de propriedade oferece, em relação ao sistema de castas, segurança e

¹⁷⁰ Entendida a partir das concepções relativas de violência, coerção, subjugação ou pobreza (UNGER, 1997, p. 381). A categoria jurídica da imunidade, na visão do autor, restaria inoperável se dependesse de concepções extensamente subjetivas de segurança (como as que pessoas possam derivar de sua posição social, profissional, familiar etc.). É necessária que parta, a categoria, de concepções mais ou menos normais de segurança ou proteção, como as inicialmente mencionadas.

¹⁷¹ Isto é, decisões sobre a alocação de determinados recursos, motivo pelo qual um dos escopos dos direitos de imunidade é a proteção contra a privação econômica e cultural (UNGER, 1997, p. 383), para que o indivíduo não fique refém do Estado e dos “patrões privados” (*private patrons*).

¹⁷² “*The idea that individual security must be strengthened if individual involvement in expanded collective conflicts is to be encouraged also rests on straightforward empirical assumptions. Unless the citizen feels secure in the most vital matters, he will live in constant fear of the controversies in which the life of an empowered democracy abounds. He will soon try to escape from what will appear to him an intolerably perilous situation. He may try to flee the anxieties of this free-for-all by throwing himself under the protection of whatever aspiring strongman may offer to shield him*” (UNGER, 1997, p. 382).

maior mobilidade na escala hierárquica ou de papéis sociais, deixando menos pessoas em situação opressiva que uma sociedade de castas. Assim, Unger sustenta, os direitos de imunidade são, sob a ótica da segurança, o que o sistema de propriedade é para o de castas (UNGER, 1997, p. 383).

A despeito de propor a multiplicação/descentralização das esferas decisórias governamentais, o que significa também serem arenas de conflito, Mangabeira Unger não deixa de reconhecer a possibilidade de que facções poderiam tentar “perverter a constituição” e manter os cidadãos reféns em um estado de passividade (UNGER, 1997, p. 384). Daí serem necessários mecanismos voltados a garantir imunidades específicas. O autor pensa essas imunidades como liberdades mais intensas que as tradicionais típicas da democracia liberal¹⁷³. Essa liberdade é, em sua visão, intensificada, na medida em que pressupõe rejeitar a “superstição” institucional (o fetichismo apontado anteriormente) (UNGER, 1997, p. 384).

Na esteira da proteção, os direitos de imunidade pretendem a garantia de mínimos existenciais, ou, nas palavras de Unger, *welfare entitlements*. Recursos mínimos como capital ou serviços em espécie “*rather than respect a claim to keep particular jobs or positions*”. O fornecimento desses mínimos tem, como meta, o sustento e estímulo às potencialidades criativas e produtivas dos grupos e indivíduos. Aliam-se, portanto, aos direitos de mercado nesse aspecto, pois, ao assegurarem condições para a produção, oferecem também as condições para o posterior financiamento desses *welfare entitlements*¹⁷⁴ (UNGER, 1997, p. 385).

O terceiro grupo de direitos indicados por Mangabeira Unger são os *direitos de desestabilização (destabilization rights)*. Procuram garantir proteção, tanto contra o abrigamento ou isolamento de privilégios, como contra hierarquias de poder e dominação incorporados em

¹⁷³ Pode-se dizer que não se trata da mera reformulação dos sentidos das liberdades civis como de expressão, associação e demais componentes da noção de democracia liberal; há um alargamento do sentido da liberdade, como afirmação do sentido ungeriano de transcendência. Ou seja, liberdade como fuga à estrutura, enquanto as liberdades tradicionais seriam intraestruturais. Uma liberdade de experimentar, pois os direitos de imunidade “*secure each individual in a proud and jealous independence and enable him to experiment with contract and community without the fear that he may become another person's dependent*” (UNGER, 1997, p. 387); ainda, tais direitos pressupõem que o domínio (*mastery*) sobre o contexto, pelo indivíduo, equivale a estar livre da subjugação (UNGER, 1997, p. 389).

¹⁷⁴ Afinal, Unger acredita na potencialidade criativa do indivíduo também a partir de um prisma estritamente econômico. Os *market rights* e o correlato fundo de capital rotativo correspondem à preocupação do autor com a democratização do mercado da perspectiva da oferta, e não meramente da demanda (UNGER, 2018, p. 16). Ainda: “*The economic institutions of an empowered democracy help generate the resources to fund the welfare entitlements and encourages individuals to make their conceptions of material welfare more independent of tenure in particular jobs. The arrangements of an empowered democracy contribute to the development of productive capabilities and thus promise to increase the absolute amount of wealth available to finance welfare rights*” (UNGER, 1997, p. 385).

determinadas instituições ou setores sociais específicos – feito o econômico ou as arenas deliberativas¹⁷⁵ (UNGER, 1997, p. 387). Sua função, portanto, é assegurar que essas instituições não se imunizem contra mudanças; sua contraface não significa um poder individual discricionário ilimitado:

The point of destabilization rights is not to demarcate a fixed zone of discretionary action, within which an individual rightholder may do whatever he pleases, but to prevent recurrent, institutionalized relationships among groups from falling into certain prohibited routines of closure and subjugation (UNGER, 1997, p. 391)

Quem responderia ao cidadão que pretendesse o exercício do direito de desestabilização seriam, primariamente, organizações não-governamentais competentes para a função desestabilizadora e, eventualmente, o ramo estatal especial acima mencionado¹⁷⁶ (UNGER, 1997, p. 387). O cidadão requerente poderá exercer o direito sempre que aquele isolamento de privilégios não for facilmente superado por outras estratégias de engajamento coletivo. O exercício do direito de desestabilização¹⁷⁷ implica o refazimento da instituição que abriga o privilégio ou hierarquia subjugadora¹⁷⁸; tal refazimento deve perseguir a reforma mínima

¹⁷⁵ Ou seja, o cidadão não pode ser excluído dos espaços deliberativos onde os rumos da sociedade são tomados. Sua exclusão desses espaços permite sua subjugação. Nesse sentido: *"the destabilization entitlement can be redescribed as the citizen's right to prevent any faction of the society from gaining a privileged hold upon any of the means for creating the social future within the social present"* (UNGER, 1997, p. 388).

¹⁷⁶ *"Because they [os direitos de desestabilização] do not suit standard judicial or legislative settings they may even have to be elaborated and enforced by a special branch of government"* (UNGER, 1997, p. 389).

¹⁷⁷ Ao tratar dos mecanismos por meio dos quais o direito em questão poderá ser exercido, Unger menciona os *injunctive reliefs* do direito americano (mecanismos processuais por meio dos quais o cidadão pode requerer, perante as cortes, intervenções em determinadas instituições a pretexto da proteção de certos valores, feito a democracia) para justificar sua insuficiência perante os propósitos da categoria jurídica que propõe. A razão está em que o direito de desestabilização contestaria, em seu exercício, *"a part of the collective structure of society rather than serving merely as a means to vindicate a transitory interest"* (UNGER, 1997, p. 389). Se há pertinência entre os *injunctive reliefs* e certos mecanismos do direito brasileiro, como o mandado de segurança, ou mesmo se haveria (e qual seria) um mecanismo a refletir processualmente os propósitos do direito de desestabilização, foge ao objetivo deste trabalho, adstrito que está a apresentar as categorias ungerianas em relação aos dilemas abordados nos demais capítulos.

¹⁷⁸ A ponderação sobre o exercício dos direitos de desestabilização traduz a necessidade, apontada por Unger, de concretização do ideal abstrato que os informa, um processo de especificação que se bifurca: a primeira via de concretização pressupõe a verticalização constitucional e legal do ideal desestabilizador; a segunda via corresponde a que tais direitos, e à revisibilidade a que servem, devem ganhar concretude não no contexto de aplicação, mas por *"suitable causal means"* responsivos à necessidade empírica e variável de cada conjunto institucional, porque algumas instituições isolam hierarquias e se imunizam contra mudança mais do que outras, por formas distintas, com diferentes consequências para a sua reforma etc. Unger pontua que a verticalização dos direitos de desestabilização pressuporia uma definição inicial, legislada, e uma complementação (*"by an important element of specification"*) no momento do exercício do direito; ao legislativo caberia também a definição das situações e os mecanismos por meio dos quais o direito poderia ser exercido. As hipóteses ilustradas pelo autor para aplicação do direito de desestabilização são variadas. Por exemplo, se, sob os benefícios do fundo de capital rotativo mentalizado por Unger, alguma empresa ganhasse poderio e influência econômica sobre outras, usando-os para ditar os rumos do mercado,

necessária para, nas palavras de Unger, satisfazer as finalidades negativas do direito desestabilizador¹⁷⁹ (UNGER, 1997, p. 388). Por fim, os ideais do direito desestabilizador devem, preferencialmente, permear o direito como um todo para que a categoria surta consequências práticas, “*for the bulk of the arrangements and laws of an empowered democracy must give concrete expressions to the vague notion of a structure-revising structure*” (UNGER, 1997, p. 390).

Por fim, a quarta categoria de direitos que integram a proposta de Unger são os *direitos de solidariedade* (*solidarity rights*). Seu alvo é a relação interpessoal numa democracia de alta energia (UNGER, 1997, p. 391). O ideal que permeia estes direitos é o de uma comunidade que não almeja eliminar conflitos nem interesses pessoais autodirigidos (*self-interest*) – portanto, uma ideia de comunidade que não se funda em harmonia e nem em altruísmo (compreendido como aniquilação de interesses privados), vez que os supera por meio do elogio ao empoderamento¹⁸⁰ (UNGER, 1997, p. 392).

colocar categorias de trabalhadores em situações precárias de trabalho e, ulteriormente, influenciar as políticas de alocamento de recursos do fundo, caberia uma postura ativa da agência governamental encarregada da aplicação dos *destabilization rights*. Caberia também tal postura se os responsáveis pela administração daquele fundo de capital rotativo utilizassem seu poder discricionário para favorecer alguns grupos em desfavor de outros e em inobservância a critérios objetivos. As intervenções da agência governamental especial, Unger afirma, poderia, em certas situações, ficar condicionada à aprovação do eleitorado ou de seus representantes, nas hipóteses em que as decisões da agência conflitassem com decisões injustas (*privilege-entrenching measures*) do parlamento (UNGER, 1997, p. 389-391).

¹⁷⁹ Entendidos, esses escopos negativos, como o impedimento a que as instituições sob a mira do exercício do direito de desestabilização fiquem imunes à revisão.

¹⁸⁰ O sentido de comunidade empregado por Unger não visa a eliminação do antagonismo entre indivíduos e grupos, porque isso não seria, na visão do autor, crível. O conflito é produtivo para essa visão de comunidade. Esta pressupõe a afirmação de um estado geral de vulnerabilidade mútua e consequente empoderamento. Tal relação de causa e consequência se explica porque, para Unger, no estado de vulnerabilidade “*people gain a chance to resolve more fully the conflict between the enabling conditions of self-assertion: between their need for attachment and for participation in group life and their fear of subjugation and depersonalization with which such engagement may threaten them*” (UNGER, 1997, p. 404-405). A superação da noção de comunidade fundada na harmonia e altruísmo para a afirmação da comunidade fundada no empoderamento conta com o pressuposto – e exaltação – da solidariedade. Nesses termos, a desestabilização (institucionalizada na forma dos direitos) das hierarquias e dos papéis sociais enrijecidos fortalece a interconexão entre as pessoas sem que a disputa signifique deslealdade: “*it allows us to attach ourselves to others without accepting subservience and to become more free without turning against those to whom we feel closest*”. Para Unger, esse empoderamento (que está circunscrito no programa institucional como um todo) intensifica o sentimento de generosidade e capacidade de perdoar, porque os indivíduos se veriam conectados como colaboradores em um mesmo propósito experimentalista; é um ganho coletivo e individual. A solidariedade aí implícita significa a aproximação entre as relações ordinárias e uma visão sobre o amor, porque procura romper com o que seria a divisão entre formas “comunais” (*communal*) e “não comunais” (*noncommunal*) de relação em sociedade. À objeção conservadora de que o melhor ideal de comunidade (e solidariedade) seria aquele a recomendar a preservação dos costumes e laços de pertença social fortes, e a repudiar o conflito em favor da homogeneidade cultural, Unger contrapõe o argumento que se trata de uma visão “antiquada” e incapacitadora da busca pelos objetivos do experimentalismo, além de mantenedora das “ilusões de necessidade falsa” (de que as instituições e o percurso histórico obedecem a forças de necessidade); a visão antiquada, em última instância, torna mais difícil que nos tornemos felizes: “*for the happiness it grants us requires special circumstances*

A aplicação dos direitos de solidariedade alcança relações de interdependência fundadas na confiança – um campo das relações sociais que, para Unger, é visto com estranheza pela ótica da propriedade consolidada¹⁸¹ –, como as relações familiares ou negociais duradouras (UNGER, 1997, p. 392). Por meio desses direitos, o cidadão poderá reivindicar que a parte requerida respeite certas obrigações implícitas numa relação contínua – “*rather than to instantaneous arm’s-length transactions*” –, oriundas da expectativa comportamental típica da relação com respeito à qual se exercita o direito de solidariedade (UNGER, 1997, p. 393). A esse propósito, Unger oferece um argumento importante que serve de objeção à crítica apresentada por Johnson¹⁸²:

Solidarity rights should not be misunderstood as claims to a subjective state of mind on the part of the person who owes the rightholder a duty. The point is not to ensure that the owner of the duty has a benevolent and concerned frame of mind (...) such a subjectivist goal would result in a stifling and hypocritical despotism of virtue, obsessed with invasive yet futile methods (UNGER, 1997, p. 393)

O propósito de Unger com os direitos de solidariedade é simplesmente impedir que as pessoas se valham de elevada discricionariedade, como aquela identificada pelo autor no exercício da propriedade consolidada, e que também está, embora em menor grau, nos direitos de imunidade e de desestabilização, assim lhes servindo – os *solidarity rights* – de contrapeso¹⁸³. Além disso, conforme Unger, tal categoria de direitos opera-se de modo semelhante a alguns mecanismos já existentes no direito contemporâneo, como, por exemplo, as condicionantes da boa-fé e proibição do abuso de direito no âmbito do direito privado.

A fonte obrigacional amparada pelos direitos de solidariedade, de acordo com o autor (UNGER, 1997, p. 394), corresponde a relações de interdependência – a qual se torna ainda mais manifesta considerada a revisibilidade institucional e consequente afetação das expectativas dos indivíduos e grupos entre si. A definição inicial desses direitos é menos precisa enquanto positivada (corresponderia às distintas situações, em termos mais gerais, em que se pode identificar a interdependência), e depende de definição complementar no contexto de seu

of social tranquillity and unchallenged prejudice and depends on the maintenance of conditions that hinder the development of our powers” (UNGER, 1997, p. 434-435).

¹⁸¹ Ver nota de rodapé nº 55.

¹⁸² Nas palavras de Johnson (1984, p. 282): “*Apparently the family, the churches, and both public and private educational institutions would be prime targets of Professor Unger’s cultural revolution (...) How else can all direct personal connections be remade, and all existing forms of division and hierarchy be disrupted? The cultural revolution is no tea party, even when the invitations come on Harvard stationery*”.

¹⁸³ “*Solidarity rights deny the discretionary action both immunity rights and market rights seek to protect. Wherever such entitlements apply, people must answer to the claims arising from the usual blend of reliance-in-fact, half-made promises, and customary role-dependent standards of obligations*” (UNGER, 1997, p. 393).

exercício. A definição contextual complementar exige-se pela sutileza e variedade das situações passíveis de tratamento pelos direitos de solidariedade. Por este motivo, afirma o autor, a zona de incidência desses direitos não deve ser clara¹⁸⁴. No que diz respeito à necessidade de que se façam cumprir impositivamente por algum órgão, na esteira da crítica apresentada por Christodoulidis, não é imprescindível que a imposição ocorra¹⁸⁵. Já seria de significativa importância se constassem como uma declaração pública de um ideal geral apto a penetrar outros ramos do direito, simbolizando uma passagem de uma dimensão não-institucional (a da solidariedade) às dimensões institucionais do direito: “*a point of passage from the institutionalized to the personal, noninstitutionalized aspects of social life*” (UNGER, 1997, p. 395).

¹⁸⁴ “*The determination of where the rightholder stands along this spectrum of legal protection depends in every instance upon an analysis of his prelegal relation to the person against whom he wants to assert the right*” (UNGER, 1997, P. 394).

¹⁸⁵ A crítica de Christodoulidis, acima mencionada, é de que direitos de solidariedade perdem a sua juridicidade porque este sentimento não pode ser introjetado forçosamente numa relação social, de modo que tratar de solidariedade como um direito exigível suscitaria um dilema analítico: “*either the right is enforced, in which case it is not the expression of solidarity, or it is in solidarity, therefore never to be enforced and therefore not a right*” (CHRISTODOULIDIS, 1996, p. 380). A esse propósito, Unger, adverte: “*it does not follow from the establishment of solidarity rights that they ought to be coercively enforced nor from the commitment to enforce them that they should be overseen by the same judicial bodies responsible for administering, in last resort, immunity and market rights*” (UNGER, 1997, p. 394), e prossegue (aparentando dirigir-se diretamente a Christodoulidis): “*It may be objected that an unenforceable right is no right at all and that merely to speak of such entitlements is to disinter the illogical language of natural rights with its implicit but halfhearted allusion to a natural, absolute context of social life. But it is a mistake to identify the positivism of governmental enforcement and the idea of innate and eternal entitlements as the only two senses that rights language may bear*” (UNGER, 1997, p. 395). Ou seja, alguns direitos de solidariedade sequer se fariam cumprir, portanto, mas ficariam positivados apenas como um ideal ou norte comportamental. Se fossem, afinal, impostos, sequer o seriam pelo judiciário, ou mesmo pelo ramo de governo encarregado, por exemplo, pelos direitos de destabilização. Seriam, ao invés e preferencialmente, aplicados por órgãos de mediação mais informais e com acompanhamento pelos grupos interessados (familiares, comunidades etc.) na causa em questão (UNGER, 1997, p. 394).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, tendo em vista: (a) os argumentos de Rocha, Warat e Borges, de que a crítica jurídica falhou do ponto de vista de suas finalidades emancipatórias, já que fundada em conceitualismos elaborados sob uma gramática totalitária, conservadora em seu senso discursivo, porquanto normativista e, finalmente, porque carente de uma proposta institucional destinada à concretização de seu substrato ético; e (b) que Mangabeira Unger, conforme as razões expostas ao longo do texto, (b.1) rejeita a solidificação dos sentidos, ideais e instituições ao privilegiar o princípio de revisibilidade que informa o experimentalismo, (b.2) além de oferecer um programa institucional que materializa a aspiração emancipatória; tem-se que (c) o experimentalismo institucional e democrático de Unger escapa dos impasses atribuídos às teorias críticas do direito, em verdade, sanando-os.

Além disso, consideradas a visão normativa sobre o indivíduo e sociedade e o programa institucional que acompanha essa visão, o paradoxo ou dilema, em geral, da revisibilidade das instituições e, em específico, da estabilidade-revisibilidade do direito, deixa de se apresentar como tal. Isto é, ao invés de um dilema, passa a ser visto por Unger como um risco calculado (UNGER, 1997, 430). Esse risco, para o autor, indica apenas o caráter “antiperfeccionista” de seu programa, mas este, Unger afirma, permanece uma alternativa preferível¹⁸⁶ aos desenhos institucionais contra os quais se coloca. Conceber o sobredito risco como um dilema implica assumir, erroneamente, que a estabilidade (como baixa revisibilidade ou alto entrincheiramento) institucional é condição suficiente para a perpetuação de sua existência; para Unger, não há garantias de que, uma vez estabilizada a ordem institucional, a perpetuação de fato ocorrerá (UNGER, 1997, p. 431).

Uma Constituição informada pelo ideal de revisibilidade¹⁸⁷ está sujeita ao risco de que o grupo político no poder decida por afastar indeterminadamente esse ideal e seus efeitos práticos.

¹⁸⁶ Preferível porque Unger parte da hipótese de que, uma vez instalado o ideal de revisibilidade, indivíduos e grupos sentirão seus benefícios (a facilitação da autoafirmação) e dificilmente abrirão mão destes. A vantagem da alternativa experimentalista, para o autor, aponta para modo de vivência institucional superior: “*a style of institution making that presupposes no contrast between an omniscient and benevolent Lycurgus (the founders, the revolutionaries, the fathers of their country) and the ordinary historical agents who live in the world Lycurgus has set up*” (UNGER, 1997, p. 431).

¹⁸⁷ Uma Constituição alheia a esse ideal, ainda que se mostre eficiente como referencial institucional das relações em sociedade, poderá ter como efeito a manutenção velada dos traços (de poder e hierarquia) do contexto-formador que

A manutenção institucionalizada do ideal depende do interesse político em preservá-lo, isto é, que os grupos no poder permaneçam fiéis à experimentação institucional (UNGER, 1997, p. 430). E, ainda assim, o risco da subversão do ideal de revisibilidade não é eliminado simplesmente ao se tornar de difícil revisão um arranjo institucional. Mesmo que de difícil revisão, não há garantia de que determinados arranjos não serão eventualmente desfeitos¹⁸⁸ (UNGER, 1997, p. 431).

Associado ao risco da subida, ao poder, por um grupo irreconciliado com o ideal de revisibilidade, está o risco de desinteresse pelos cidadãos em se engajarem nas sucessivas etapas de discussão, revisão e refazimento das instituições. Sem o engajamento cívico, a democracia proposta por Unger poderá presenciar um constitucionalismo despótico ao invés de libertador, pois abrirá caminho para a institucionalização – e consolidação – de privilégios. Mas o autor não parte do inocente (“*unrealistic and indefensible*”) pressuposto de que cidadãos estarão constantemente motivados a militar por suas causas contra os grupos autointeressados no poder (UNGER, 1997, p. 432-433).

A hipótese da falta de engajamento deixa de se apresentar como dilema para se impor como risco calculado porque, de acordo com Unger, “*the constitution of empowered democracy does not oppose private desires and collective devotions*” (UNGER, 1997, p. 432). Seu programa visa eliminar este contraste entre interesses privados e objetivos coletivos por duas vias gerais: (i) ao permitir que buscar interesses individuais dentro de um esquema institucional enrijecido dê lugar à contestação desse mesmo esquema por meio de uma conversação contínua e ordinária sobre seus termos¹⁸⁹; (ii) ao facilitar a proliferação de “*perceived group interests*” sob tensão mútua, pela descentralização/multiplicação das esferas de discussão e decisão política organizadas, e

a antecede no conjunto de práticas sociais e institucionais. Ao fazê-lo, diz Unger, estará “*in flagrant violation of the animating ideal of revisability*” (UNGER, 1997, p. 430).

¹⁸⁸ O entrincheiramento constitucional a partir, por exemplo, da imunização contra mudanças por meio da formação de maiorias, Unger sustenta, não necessariamente garante absoluta imunidade contra a transformação política. É preciso rejeitar a visão inocente de que entrincheirar é condição suficiente para a proteção: “*immunity is always relative*” (UNGER, 1996, p. 167).

¹⁸⁹ Nas palavras do autor: “*(...) by enabling people more easily to extend the humdrum practice of pursuing interests within a framework of unquestioned institutional and imaginative assumptions into the extraordinary activity of questioning this framework. Thus, the practice of fantasy and enactment that the institutional program encourages is less a public militancy than an extension of the ordinary activity of defining goals and pursuing them. Its chosen expression is not civic pomp and heroic striving but the activity of a working life*” (UNGER, 1997, p. 432).

pela destituição dos referenciais institucionais (*roles and ranks*) que balizam aqueles interesses¹⁹⁰ (UNGER, 1997, p. 432).

Mas Unger, lucidamente, sustenta não poder garantir, com seu programa institucional, que as pessoas não recuarão do debate público, ignorando-o e assim dando condições para que facções políticas autointeressadas prejudiquem os propósitos do experimentalismo (UNGER, 1997, 432). O autor apenas defende que sua proposta traria benefícios que tornariam vantajoso correr tais riscos, ainda que eles estejam presentes:

we must reach toward a regime such as empowered democracy if we are to reconcile freedom as empowerment with the practical drive toward plasticity in social life, the condition of collective wealth and power. Both our happiness and our virtue depend upon particular institutional forms we give to the search for plasticity. (...) plasticity may enable us to live out more fully our context transcending identity, so, too, it may subject us to a despotism less messy or violent but more thoroughgoing than any yet known. (UNGER, 1997, p. 433)

Dentro das extensões possíveis à democracia sob o experimentalismo, supondo-se que a experimentação estivesse concretizada e em execução, não haveria dispensa às garantias fundamentais do indivíduo: proteção contra opressão pública ou privada e garantia de meios econômicos, culturais e educacionais para a autoafirmação existencial. Pelo contrário, tais garantias possibilitam o experimentalismo¹⁹¹; sem aquelas, este falha e a sociedade se retrai em insegurança. A experimentação institucional não rejeita a exclusão de determinadas proteções institucionalizadas da *agenda of short-term politics* e, portanto, experimentalismo e direitos humanos não se excluem¹⁹². Logo, certas instituições escapam à revisão, pois servem de pressuposto à continuidade da democracia guiada pelo ideal de revisibilidade institucional (UNGER, 1996, p. 167).

¹⁹⁰ “It [a democracia empoderada] dissolves such conceptions into the more fluid crisscrossing lines of parties of opinion unanchored in social stations. It makes actual social life more closely resemble what, to a considerable extent, democratic party politics are actually like” (UNGER, 1997, p. 432). A respeito das *parties of opinion*, ver nota de rodapé nº 136.

¹⁹¹ Pode-se afirmar que, em uma dimensão analítica, o limite à experimentação está na impossibilitação da etapa de experimentação subsequente. O experimentalismo não admitirá um estado de coisas que o impeça de prosseguir como experimentação. E é nesse sentido que ele não tolera a conservação; é nesse sentido, a propósito, que afirma a emancipação, porque ela – no aparato explicativo ungeriano – é possibilitada sempre que se possam revisar os arranjos institucionais que conservem hierarquias e papéis sociais sob injusta desvantagem. Daí que opressão e experimentação, submetida a um princípio ético de dação universal de condições para autoafirmação, são mutuamente excludentes, não podem coexistir.

¹⁹² “Viewed in this light, the relation of human rights to the stronger experimentalism it sustains resembles the relation of a parent’s love to the child’s willingness to risk and adventure and self-transformation” (UNGER, 1996, p. 167).

Neste ponto, a diferença na teoria de Mangabeira Unger está em que a resposta para aquilo que escapa – e em que medida ou por quanto tempo escapa – da revisibilidade não é autoevidente, em virtude do pressuposto a partir do qual nenhuma sociedade ou interesse possui um correspondente institucional necessário. Endossar a autoevidência de uma tal resposta significa incorrer em fetichismo institucional. Isso também se aplica aos direitos humanos, Unger pontua: ainda que tenham possibilitado o relativo exercício de liberdades, seu fundamento não pode ser concebido supersticiosamente, como se possuísse forma imutável e necessária. Para o autor, a liberdade perde potencial se lastreada em tais superstições, motivo pelo qual as instituições, bem como os seus fundamentos, devem sempre permanecer contestáveis sob a pretensão experimentalista. Em inexistindo a contestabilidade no ritmo e intensidade vislumbrados por Unger, corre-se o risco da insulação das hierarquias e privilégios insculpidos nesses arranjos institucionais (UNGER, 1996, p. 168-169). Corre-se, novamente, o risco da injusta conservação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Referências bibliográficas gerais

ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, p. 633-725, 2000. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 10/10/2018

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações Constitucionais: direitos e poderes**. Apresentação de Roberto Mangabeira Unger. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2018a.

AMATO, Lucas Fucci. **A propriedade desagregada: dimensões, função e exemplos**. In: Anais do IX Congresso da AbraSD: trabalhos completos. Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã (homenagem a José Eduardo Faria). ISSN 2358-4270. São Paulo: USP, 2018b.

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo Jurídico: Teoria no Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

ALMEIDA, Philippe Oliveira de. **O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies**. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/27420/22657>. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/7420. Acesso em: 10/10/2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BORGES, Guilherme Roman. **O direito erotizado – por um discurso jurídico transgressional**. Curitiba: Instituto de filosofia do direito e direitos humanos, 2014.

CHRISTODOULIDIS, Emilios A. **The inertia of institutional imagination: a reply to Roberto Unger**. The Modern Law Review, London, vol. 59, n. 3, pp. 377-397, 1996.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade - Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina Girardi. **Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 7, janeiro/junho de 2006, Vol.2. Disponível em: www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/343/336. Acesso em: 21/11/2018.

CINTRA, Benedito Eliseu Leite. **Emmanuel Lévinas e a ideia do infinito**. Margem, No. 16, p. 107-117, São Paulo, dezembro de 2002. Disponível em: www4.pucsp.br/margem/pdf/m16bc.pdf. Acesso em 19/11/2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. Curitiba: Scientia et labor, 1988.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. **Determinacy, Objectivity, and Authority**. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 142:549, p. 549-638. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=3601&context=penn_law_review. Acesso em: 10/10/2018.

COVER, Robert. **Narrative, Violence and the Law – The Essays of Robert Cover**. University of Michigan press, 1995.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1997.

DE LARA, Gustavo Dalpupo. **A crítica jurídica brasileira sob a ótica da eficácia: uma leitura a partir de Luiz Fernando Coelho e Antonio Carlos Wolkmer**. Monografia – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

DE LARA, Gustavo Dalpupo. **Os ângulos dogmático e zetético a partir dos pressupostos da crítica jurídica: um confronto entre Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luiz Fernando Coelho**. Anais da XVIII Jornada de Iniciação Científica, v. 1, n. 7, p. 189-207, Curitiba, 2016.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELSTER, Jon. **Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge University Press, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GEUSS, Raymond. **Teoria Crítica: Habermas e a Escola de Frankfurt**. Campinas: Papirus, 1988.

GAMEIRO, Ian Pimentel. **Deverá o direito ser emancipatório? Da redução político-ideológica do jurídico à recuperação do seu sentido**. Quaestio Iuris Vol. 09, nº. 04, pp. 2335 - 2372, Rio de Janeiro, 2016.

GENOVESE, Eugene. **Critical Legal Studies as Radical Politics and World View**. Yale Journal of Law & the Humanities: Vol. 3: Iss. 1, Article 7. 1991. p. 131-156.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O direito no fortalecimento da democracia no pensamento de Roberto Mangabeira Unger**. Portal E-Gov, Universidade Federal de Santa Catarina, março de 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-no-fortalecimento-da-democracia-no-pensamento-de-roberto-mangabeira-unger>. Acesso em: 10/10/2018.

GORI, P; STELLINO, P. **O perspectivismo moral nietzschiano**. In: Revista Cadernos Nietzsche, São Paulo, n. 34. vol. I, p. 101-129, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-82422014000100005. Acesso em: 22/12/2018.

GÜRLER, Sercan. **The Problem of Legal Indeterminacy in Contemporary Legal Philosophy and Lawrence Solum's Approach to the Problem**. Annales XL, N. 57, p. 37-64, 2008. Disponível em: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/6991>. Acesso em: 10/10/2018.

HATAB, Lawrence J. **A vontade de potência e a política democrática**. In: Revista Cadernos Nietzsche, São Paulo, v.36, n.2, p. 219-252, 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2316-82422015000200219&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 22/12/2018.

HART, H. L A. **The concept of law**. 2º ed. Oxford University Press, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.56, p.13-21, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013

HRUSCHKA, Daniel. **You can't characterize human nature if studies overlook 85 percent of people on Earth**. The Conversation: academic rigor, journalistic flair. Novembro de 2018. Disponível em: <https://theconversation.com/you-cant-characterize-human-nature-if-studies-overlook-85-percent-of-people-on-earth-106670>. Acesso em 21/11/2018.

JOHNSON, Phillip E. **Do you sincerely want to be radical?** Stanford Law Review, Palo Alto, v. 36, nº. 1/2, 1984, pp. 247-291.

IPEA. **Mangabeira Unger toma posse como novo ministro da SAE**. Fevereiro de 2015. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24432. Acesso em 26/11/2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKI, Katya. **Considerações Acerca do Problema da Aplicação e da Significação do Direito**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 30, n. 0, 1998, p. 444. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38317/23374>.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini: essai sur l'extériorité**. 4ème édition. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1988.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo**. 2ª ed. São Paulo, Conceito Editorial, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

MACCORMICK, Neil. **H. L. Hart**. 2ª ed. Stanford University Press, 2008b.

MARTON, Scarlett. **O eterno retorno do mesmo, “a concepção básica de Zaratustra”**. In: Cadernos Nietzsche, Guarulhos/Porto Seguro, v. 37, n. 2, p. 11-46, julho/setembro de 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. São Paulo: Editora Escala, 2. ed, 2007.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Os erros que Unger não cometeu**. Revista de Direito Administrativo: RDA, v. 258, p. 27-46, setembro/dezembro de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8607>. Acesso em: 10/10/2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos na América Latina. Palestra proferida no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, agosto de 2018, 1h:14min-1h:16min.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. V. 1. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

STJ. Recurso Especial: REsp 1753224 (2016/0203625-0) Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 19/10/2018. Superior Tribunal de Justiça, 2018, Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602036250&dt_publicacao=19/10/2018. Acesso em: 10/10/2018.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, 2014.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Critical Legal Studies y la Renovación de la Teoría Jurídica norteamericana**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

RAD, Mostafa S; MARTINGANO, Alison J; GINGES, Jeremy. **Toward a psychology of Homo sapiens: Making psychological science more representative of the human population**. PNAS: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 115 (45) 11401-11405, novembro de 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1073/pnas.1721165115>.

REGINSTER, Bernard. **The will to power and the ethics of creativity**. In: BRIAN, Leiter; SINHABABU, Neil. **Nietzsche and Morality**. p. 32 a 57. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **Crítica da "Teoria Crítica do Direito"**. Sequência: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 4, n. 6, p.122-135, maio 1982.

ŠKOF, Lenart. **Divinization of life in Roberto Mangabeira Unger's philosophy of religion**. Bogoslovni vestnik, letnik 75, številka 4, 2015, pp. 717-726. Disponível em: <http://www.dlib.si/?URN=URN:NBN:SI:DOC-KFOIL966>. Acesso em: 18/12/2018.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutionalism and Secession**. The University of Chicago Law Review, Vol. 58, No. 2, Approaching Democracy: A New Legal Order for Eastern Europe, pp. 633-670, 1991. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1599969?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 19/12/2018.

TEIXEIRA, Carlos Sávio G; CHAVES, Vitor Pinto. **Transformação Estrutural e Direito Constitucional**. Revista de Direito Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-109, maio/agosto de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8587>. Acesso em: 10/10/2018.

TEIXEIRA, Carlos Sávio G. **A Esquerda Experimentalista: análise da teoria política de Unger**. Tese de doutoramento – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. **Experimentalismo e democracia em Unger**. Lua Nova, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 19/12/2018.

TRUBEK, David M. **Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law**. University of Wisconsin, Legal Studies Research Paper N° 1075, fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1349163> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1349163>. Acesso em: 22/11/2018.

TUSHNET, Mark V. **Critical Legal Studies and the Rule of Law**. Cambridge Companion to the Rule of Law. Harvard Public Law Working Paper No. 18-14, março de 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135903>. Acesso em: 10/10/2018.

TUSHNET, Mark V. **Some Current Controversies in Critical Legal Studies**. 12 Ger., L.J. 290. Harvard Library, Office for Scholarly Communication, 2011. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10880556>. Acesso em: 10/10/2018.

TUSHNET, Mark. Defending the Indeterminacy Thesis. *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, p. 339-356, 1996.

WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito - uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito – a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ŽIŽEK, Slavoj. **Will our future be Chinese 'capitalist socialism'?**. 21 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.rt.com/op-ed/441873-china-socialism-capitalism-zizek/?fbclid=IwAR0W4IDeHtXV9jRfFxfGGf8guEWEs_4FlP5cNeag9GReAwDuGiMDvjHYZms. Acesso em: 10/10/2018.

II. Referências bibliográficas específicas/primárias

UNGER, Roberto Mangabeira. **Tudo e um pouco mais**. p. 22-37. Entrevista concedida por Mangabeira a Adriana Negreiros em 2008. In: **Coleção Encontros**. Organização: TEIXEIRA, Carlos Sávio G. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement: another time, a greater task.** Verso, 2015 [1ª versão: 1986].

UNGER, Roberto Mangabeira. **Politics: The Central Texts – Theory against Fate.** Verso, 1997.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Self Awakened – Pragmatism Unbound.** Harvard University Press, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Religion of the Future.** Harvard University Press, 2014.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** New York: Verso, 2001 [1ª versão: 1987].

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy Realized: the progressive alternative.** New York: Verso, 1998a.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The universal history of legal thought.** [Mimeo], 2017. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/en/wp-content/uploads/2017/01/the-universal-history-of-legal-thought.pdf>>. Acesso em dezembro de 2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Paixão – Um ensaio sobre a personalidade.** São Paulo: Boitempo, 1998b [1ª versão: 1984].

III. Depoimentos, aulas e entrevistas registradas em vídeo

UNGER, Roberto Mangabeira. **Progressive Alternatives**. 2018. (32-33 min.). February 13, 2018 lecture. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=K8Sj52Z1q_4&list=PLNdEBvVYMvsCA4t9WsEbo-_NufHgNJKwT&index=7. Acesso em: 10/10/2018.

UNGER, Roberto Mangabeira. Roberto Unger: **Free Classical Social Theory from Illusions of False Necessity**. Big Think, Maio de 2014. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=yYOOwNRFTcY>. Acesso em 28/11/2018.